



TOWARZYSTWO
BIBLIOTEKI
SŁUCHACZÓW
PRAWA UJ



Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

Numer 1/2010 (4)

www.tbsp.pl

ISSN-1689-9601

Publikacja wydawana przez
Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa UJ

Autorzy

Karina Jóźwiak-Olszewska
Mateusz Kaliński
Ewa Laskowska
Jakub Kwaśnik
Bartosz Kwiatkowski
Mikołaj Małecki
Małgorzata Pyrcak
Magdalena Sitek

Projekt graficzny i łamanie
Marta Woszczak

Korekta

Agata Czerwińska

Kolegium redakcyjne
Zeszytów Prawniczych oraz
Internetowego Przeglądu
Prawniczego TBSP UJ
mgr Tomasz Sroka
mgr Katarzyna Pałka
Kamil Stolarski
Natalia Mrozek
Mateusz Równicki

Adres redakcji

ul. Bracka 12/302,
31-005 Kraków
e-mail: redakcja@tbsp.pl
www.tbsp.uj
© by tbsp uj

Spis treści

Karina Jóźwiak–Olszewska	4
<i>Prawo dostępu do sądu w procesie ochrony wolności i praw człowieka w Polsce</i>	
Mateusz Kaliński, Ewa Laskowska	14
<i>Umowy offsetowe. Teoria a praktyka</i>	
Jakub Kwaśnik	24
<i>Charakterystyka subkultury hackerów jako kluczowego elementu cyberprzestępczości</i>	
Bartosz Kwiatkowski	40
<i>Naprawienie szkody i rekompensata finansowa dla pokrzywdzonego w węgierskim postępowaniu karnym</i>	
Mikołaj Matecki	52
<i>Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 29 września 2009 r., III KK 105/09</i>	
Małgorzata Pyrcak	65
<i>Opinie sądowo – psychiatryczne przy orzekaniu środka zabezpieczającego z art. 94 k.k. – analiza pod względem formalnym</i>	
Magdalena Sitek	75
<i>Odpowiedzialność organizatora usług turystycznych z tytułu umowy o podróż</i>	

Prawo dostępu do sądu w procesie ochrony wolności i praw człowieka w polsce

Wstęp

Prawo dostępu do sądu jest jednym z podstawowych praw; ta podstawowa wolność człowieka stanowi gwarancję demokratycznego państwa prawnego¹. W obecnym ustroju politycznym regulację oraz procedury ochrony wolności i praw człowieka określa Konstytucja RP z 1997 roku². Postanowienia ustawy zasadniczej prawo do sądu klasyfikują wśród praw osobistych, jednocześnie postrzegają je jako środek służący dochodzeniu określonych praw.

Treść podmiotowego prawa do sądu obejmuje prawo dostępu do sądu, prawo do odpowiednio ukształtowanej procedury i prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy. Funkcją prawa jest zapewnienie każdemu prawnie skutecznej możliwości zwrócenia się do organu sądowego o rozpoznanie sprawy i wydanie orzeczenia zgodnie z treścią prawa materialnego. Zasada prawa do sądu realizowana jest w sprawach z zakresu postępowania cywilnego, karnego i administracyjnego.

Ze skuteczną i praktyczną realizacją prawa dostępu do sądu wiążą się określone ograniczenia i nadużycia, w szczególności zbyt wysokie koszty opłat sądowych, nadmierny formalizm procesowy, trudności w dostępie do pomocy prawnej i dostępie niezamożnych obywateli do usług prawniczych, a także nadużywanie uprawnień procesowych przez jednostkę.

Prawo do sądu

Z. Czeszejko-Sochacki reprezentuje pogląd, iż prawo do sądu z jednej strony stanowi element konstytucyjnego porządku prawnego i jest traktowane jako zasada konstytucyjna,

¹ H. Dolecki, *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980–2005. Nadużycie prawa do sądu*, Warszawa 2005, s. 132.

² Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483.

z drugiej natomiast jest prawem podmiotowym³. Jako zasada prawa konstytucyjnego jest normą prawną adresowaną do organów władzy publicznej.

W drugim znaczeniu prawo do sądu rozumiane jest jako prawo podmiotowe, które stanowi podstawę roszczenia każdej jednostki o rozpatrzenie sprawy przed sądem.

W nauce prawa konstytucyjnego wyróżniono podstawowe elementy składające się na treść prawa do sądu⁴: prawo dostępu do sądu umożliwiające jednostce uruchomienie procedury przed organem sądowym, udział w czynnościach podejmowanych przez sąd oraz ewentualne zakwestionowanie podjętego rozstrzygnięcia; prawo do odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej – procedury uwzględniającej zasady sprawiedliwości, równości uczestników, działania bez zbędnej zwłoki, a także jawności postępowania; prawo do wyroku sądowego – czyli uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia w danej sprawie.

Zdaniem M. Nowickiego „samo uznanie praw i wolności człowieka nie ma większego znaczenia, jeśli nie istnieją procedury pozwalające każdemu skutecznie obronić się przed ich naruszeniem”⁵. Prawo do sądu jest również środkiem służącym dochodzeniu innych praw uregulowanych w aktach prawa krajowego i międzynarodowego.

Na obecny kształt prawa do sądu wpływ mają regulacje prawne o charakterze krajowym i międzynarodowym, orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego (TK) oraz nauka prawa konstytucyjnego⁶.

Prawo do sądu, jako prawo przysługujące jednostce, zostało uregulowane w aktach prawnych o charakterze międzynarodowym i krajowym dotyczących ochrony wolności i praw człowieka, w szczególności w ratyfikowanych przez Polskę umowach prawa międzynarodowego: w art. 8 i 10 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (PDPC) z dnia 10 grudnia 1948 roku⁷; w art.14 ust.1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPO-iP) z dnia 16 grudnia 1966 roku⁸; w art.6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC) z dnia 4 listopada 1950 roku⁹; w art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej¹⁰ (KPP) podpisanej 7 grudnia 2000 roku w Nicei i przyjętej przez Polskę, w ograniczonym zakresie, 13 grudnia 2007 roku. W prawie wspólnotowym prawa dostępu jednostki do sądu nie uregulowano wyraźnie w postaci odrębnych przepisów, lecz wynika ono z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS), który stwierdza, że dostęp do sądu jest prawem podstawowym oraz stanowi zasadę państwa prawa i jest chroniony na podstawie postanowień EKPC¹¹.

³ Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, PiP 1997 nr 11–12, s. 89.

⁴ Wyrok TK z dnia 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK ZU 1998/4/50.

⁵ M. Nowicki, *Co to są prawa człowieka? Szkota praw człowieka. Teksty wykładów*, z. 1, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 1998, s. 14.

⁶ H. Dolecki, *Sądownictwo administracyjne...*, op. cit., s. 133.

⁷ J. Połatyńska, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego*, w: *Prawa człowieka. Wybrane zagadnienia i problemy*, red. W. Wactawczyk, L. Koba, Warszawa 2009, s. 213.

⁸ Dz.U. 1977 r., Nr 38, poz. 167.

⁹ Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

¹⁰ Dz.Urz. UE C 303/1 z dnia 17 grudnia 2007 r.

¹¹ K. Schauring, *Ochrona praw jednostek w postępowaniach przed sądami wspólnotowymi. Monografie*, Warszawa 2007, s. 218, materiały źródłowe ze strony internetowej: http://books.google.pl/books?id=IP_do0RGoxYC&pg=PA217&dq=prawo+dostępu+jednostki+do+sądu,+przepisów.

Prawo do sądu zostało również określone w Konstytucji RP, której postanowienia klasyfikują prawo do sądu wśród praw osobistych, a jednocześnie postrzegają je jako środek ochrony innych praw i wolności. Zgodnie z art. 45 Konstytucji RP „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy, bez nieuzasadnionej zwłoki, przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. Ujęcie prawa do sądu w rozumieniu art. 45 wskazuje na zakres podmiotowy oraz autonomiczny charakter prawa. Prawo do sądu przysługuje każdemu obywatelowi oraz wszelkim podmiotom występującym w obrocie prawnym. Podlega ochronie niezależnie od naruszenia innych praw podmiotowych¹². Ustrojodawca wskazuje również, iż ustawa nikomu nie może zamykać drogi sądowego dochodzenia naruszonych wolności i praw (art. 77 ust.2). „Każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji” (art. 78). W art. 79 ust. 1 ustrojodawca uprawnia każdego, kogo konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone, do wniesienia skargi do TK w sprawie zgodności z Konstytucją RP ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o wolnościach, prawach albo obowiązkach określonych w ustawie zasadniczej¹³.

Prawo dostępu do sądu

Prawo dostępu do sądu oznacza obowiązek po stronie władzy publicznej, który zapewnia możliwości skutecznego korzystania z tego prawa¹⁴. Przede wszystkim państwo jest zobowiązane stworzyć odpowiednią strukturę sądów działających na terenie całego terytorium RP. W znaczeniu organizacyjnym prawo dostępu do sądów obejmuje: prawo dostępu do sądów powszechnych, których ustrój tworzą sądy rejonowe, okręgowe i apelacyjne, a zasady funkcjonowania oraz strukturę organizacyjną określa Ustawa z dnia 27 sierpnia 2001 roku – Prawo o ustroju sądów powszechnych¹⁵; a także prawo dostępu do Sądu Najwyższego (SN), prawo dostępu do sądów szczególnych (wylicza się tu wojewódzkie sądy administracyjne i Naczelny Sąd Administracyjny oraz sądy wojskowe: okręgowe i garnizonowe); prawo dostępu do TK poprzez składanie indywidualnych skarg konstytucyjnych oraz prawo dostępu do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC).

Podstawowe zasady funkcjonowania sądownictwa w Polsce określa Konstytucja RP. W myśl jej postanowień władzę sądowniczą w Polsce sprawują sądy i trybunały (art. 10 ust. 2), stanowią odrębną i niezależną władzę (art. 173). Ustrój i właściwości sądów oraz postępowanie przed nimi określają odrębne ustawy (art. 176. ust. 2).

Zasada prawa dostępu do sądu jest koniecznym elementem rzetelnego procesu sądowego. Jako skuteczny środek prawny, uregulowany zarówno na gruncie prawa międzynarodowego, jak i krajowego, realizowana jest na poziomie postępowania cywilnego, karnego i administracyjnego. Zakres przedmiotowy prawa do sądu obejmuje spory dotyczące

¹² A. Wróbel, *Glosa do trzech wyroków Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” nr 1, Warszawa 2000, s. 208.

¹³ H. Dolecki, *Sądownictwo administracyjne...*, op. cit., s. 134.

¹⁴ R. Stasiak, *Sądownictwo w systemie ochrony praw człowieka*, w: *Prawa człowieka...*, op. cit., s. 424.

¹⁵ Dz.U. z 2001 r., Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.

stosunków cywilnoprawnych i administracyjnoprawnych oraz rozstrzygnięcia o zasadności zarzutów karnych.

Prawo dostępu do sądu umożliwia jednostce uruchomienie procedury przed organem sądowym, może doprowadzić do wszczęcia i prowadzenia postępowania przed sądem oraz udziału w czynnościach podejmowanych przez sąd, a także przyznaje uprawnienie do ewentualnego zakwestionowania podjętego rozstrzygnięcia.

Prawo dostępu do sądu przysługuje w zakresie rozstrzygnięcia w sprawach o charakterze cywilnym. Każda sprawa powstała na tle stosunku prawnego, w którym strony mają równorzędną pozycję, jest sprawą cywilną. Poziom ochrony prawa do sądu nie jest zależny od tego, czy do rozpatrzenia sprawy właściwy jest sąd powszechny, czy sąd administracyjny. Zakres przedmiotowy prawa do sądu obejmuje nie tylko sprawy karne i cywilne, lecz również spory ze stosunków administracyjnoprawnych¹⁶. Do spraw cywilnych zalicza się m.in. sprawy związane ze sporami o nieruchomości rolne, sprawy związane z uprawnieniami zawodowymi, sprawy zwolnień funkcjonariuszy służb specjalnych ze względu na ważny interes służbowy i inne¹⁷.

W postępowaniu karnym prawo do sądu jako element systemu ochrony prawnej jest gwarancją poszanowania podstawowych wolności i praw obywateli.

W sprawach karnych, zdaniem P. Hofmańskiego, prawo do sądu ma „charakter wtórny w stosunku do innych praw i wolności, których ochronie służy”. Prawo do sądu przysługuje władzy publicznej w przypadku postawienia obywatelowi zarzutu popełnienia czynu zabronionego prawem. Przysługuje również podmiotowi nie będącemu reprezentantem władzy, który na podstawie skargi prywatnej może wnieść oskarżenie¹⁸ w określonej przez k.k. kategorii przestępstw, ściganych z oskarżenia prywatnego, lub w sprawach ściganych z oskarżenia publicznego, na zasadach określonych przez k.p.k. Sąd ze względu na swoją pozycję ustrojową stanowi najlepszą gwarancję poszanowania praw i wolności obywateli¹⁹.

H. Mądrzak reprezentuje pogląd, iż „prawo do sądu na tle polskiego prawa konstytucyjnego i prawa cywilnego jest odrębnym i niezależnym od innych powiązań normatywnych prawem przysługującym jednostce wobec państwa”. Dostęp do sądu jest gwarancją rozpoznania sprawy przez odpowiedni organ sądowy oraz gwarancją wydania wiążącego orzeczenia zgodnego z treścią prawa materialnego i przeprowadzonym postępowaniem dowodowym²⁰. Przysługuje ono każdemu na mocy postanowień Konstytucji RP, niezależnie od powstania i treści stosunku materialnoprawnego oraz ukształtowanych na jego podstawie uprawnień i obowiązków. TK w jednym ze swoich wyroków uznał, że z art. 45 ust. 1 Konstytucji „wynika jednoznacznie wola ustrojodawcy, aby prawem do sądu objąć możliwie najszerszy zakres spraw. Ograniczenia sądowej ochrony interesów jednostki

¹⁶ Wyrok TK z dnia 4 listopada 2003 r., SK 30/02, OTK 2003/8A/84.

¹⁷ K. Machowicz, *Ochrona praw człowieka w Rzeczypospolitej Polskiej na tle standardów europejskich*, Lublin 2008, s. 48.

¹⁸ P. Hofmański, *Prawo do sądu jako gwarancja ochrony praw człowieka*, w: *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997, s. 201.

¹⁹ Wyrok TK z dnia 2 czerwca 2001 r., SK 10/10, Dz.U. z 2001 r., Nr 32, poz. 384.

²⁰ H. Mądrzak, *Prawo do sądu jako gwarancja ochrony praw człowieka (Studium na tle polskiego prawa konstytucyjnego, prawa cywilnego materialnego i procesowego)*, w: *Podstawowe prawa jednostki...*, op. cit., s. 197.

wynikać muszą z przepisów ustawy zasadniczej”²¹. Z zasady demokratycznego państwa prawnego wynika ponadto dyrektywa interpretacyjna zakazująca zawężającej wykładni prawa do sądu²². Ustawa zasadnicza wprowadza zatem swoiste domniemanie dostępności drogi sądowej²³.

Warunkiem zapewnienia efektywnej ochrony sądowej w każdym systemie prawnym jest umożliwienie każdemu podmiotowi ochrony przyznanych mu praw w postaci zagwarantowania skutecznego dostępu do sądu oraz zasady równości stron w korzystaniu ze swoich uprawnień. K. Schauring jest zdania, że prawo dostępu do sądu, jako jeden z elementów treści prawa do sądu, jest fundamentem tej instytucji. Odpowiedni dostęp do sądu stanowi gwarancję korzystania z pozostałych praw procesowych. Pogląd ten szczególnego znaczenia nabiera w postępowaniu cywilnym, w którym dostęp do sądu zagwarantowano podmiotom prywatnym. Na tej podstawie ETS w orzecznictwie prawo dostępu do sądu uznaje za jedno z podstawowych praw fundamentalnych i zasadę państwa prawa. Nakłada również na wszystkie państwa członkowskie obowiązek wewnętrznej regulacji prawnej oraz respektowania przez podmioty prywatne prawa dostępu do sądu w sprawach z elementem wspólnotowym²⁴.

Prawo dostępu do sądu nie jest prawem absolutnym. ETPC w orzecznictwie określa, iż podlega ono uprawnionym ograniczeniom: terminom ustawowym, okresom przedawnienia, zabezpieczeniom kosztów, regulacjom dotyczącym nieletnich lub osób umysłowo chorych²⁵. Podobnie TK w wyroku z 10 maja 2000 roku stwierdza, iż nie istnieje bezwzględne i absolutne prawo do sądu, które nie podlegałoby jakimkolwiek ograniczeniom i które w konsekwencji stwarzałoby uprawnionemu nieograniczoną możliwość ochrony swych praw na drodze sądowej. Ograniczenie prawa do sądu może być konieczne ze względu na inne wartości powszechnie szanowane w państwie prawnym, w szczególności bezpieczeństwo prawne, zasadę legalizmu bądź zaufanie do prawa²⁶.

Ograniczenia i nadużycia prawa dostępu do sądu

Realizacja konstytucyjnej gwarancji prawa do sądu, w szczególności dostępu do sądu, wymaga sprawnie funkcjonującego systemu, który nie ograniczając praktyk sądowych, w bezpośredni sposób wpłynie na możliwość dochodzenia praw jednostki. Przede wszystkim uwzględni różne interesy przeciwników procesowych, interesy społeczne, wartości uznawane za słuszne w demokratycznym państwie, instytucję niezawisłości sędziego, ekonomię procesową, koszty wymiaru sprawiedliwości, opłaty ponoszone w postępowaniach sądowych, dostęp do pomocy prawnej w sprawach z wyboru, a także realizację praw ubogich.

²¹ Wyrok TK z dnia 16 marca 1998 r., SK 19/98, OTK 1999/3/36.

²² Orzeczenie TK z dnia 7 stycznia 1992 r., K 8/91, OTK 1992/5; orzeczenie z dnia 8 kwietnia 1997 r., K. 14/96, OTK ZU 1997/2/16; orzeczenie z dnia 29 września 1993 r., K. 17/92, OTK 1993/2/3.

²³ Wyrok TK z dnia 20 września 2006 r., SK 63/05, OTK 2006/8A/108.

²⁴ K. Schauring, *Ochrona praw jednostek...*, op. cit., s. 217–219.

²⁵ Sprawa Związek Nauczycielstwa Polskiego przeciwko Polsce. Wyrok ETPC z dnia 21 września 2004 r., skarga nr 42049/98.

²⁶ Wyrok TK z dnia 10 maja 2000 r., K 21/99, OTK ZU 2000/4/109.

Zdaniem R. Stasiaka, jedną z barier w dostępie do sądu jest bariera finansowa²⁷. Ustawa z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych²⁸ reguluje zasady i tryb pobierania kosztów sądowych w sprawach cywilnych, wysokość opłat sądowych oraz zasady zwalniania od kosztów sądowych. Od początku obowiązywania wzbudzała wiele kontrowersji. Jak wynika z raportu z monitoringu ochrony praw podstawowych w Polsce, „wysokość ponoszonych kosztów, w szczególności przez stronę inicjującą postępowanie cywilne, ma wpływ na dostęp do sądu. Konieczność uiszczenia opłaty może bowiem stanowić przeszkodę w realizacji tego prawa przez niektóre podmioty”²⁹. Z tego względu istotne jest określenie zasad zwalniania stron od ponoszenia kosztów sądowych. Zwolnienia od kosztów, w całości lub w części, może domagać się osoba fizyczna na podstawie złożonego wniosku, pod warunkiem, iż w razie poniesienia kosztów w majątku tej osoby nastąpi uszczerbek dla koniecznego utrzymania siebie i rodziny. Ustawa uwzględnia głównie „interes samego sądownictwa, a nie osób szukających ochrony prawnej”, wprowadza „wysoki stopień formalizmu, liczne i zróżnicowane opłaty za czynności sądu, rygoryzm w traktowaniu błędów stron i ich pełnomocników w obliczaniu kosztów, co może utrudniać realizację zasady prawa do sądu”³⁰. W państwie prawa status majątkowy jednostki nie powinien stanowić przeszkody w dostępie do sądu i obronie praw i wolności.

ETPC w orzeczeniach wskazuje na barierę finansową jako powód naruszeń art. 6 EKPC. W sprawie *Podbielski i PPU POLPURE przeciwko Polsce* Trybunał stwierdził, iż „władze sądowe nie zdołały zapewnić odpowiedniej równowagi pomiędzy interesem państwa w pobieraniu opłat sądowych za rozpatrywanie skarg a interesem skarżącego, przejawiającym się w dochodzeniu swych roszczeń przed sądami. Nałożenie opłat sądowych na skarżącego stanowiło nieproporcjonalne ograniczenie jego prawa dostępu do sądu”³¹.

Prawo do sądu wiąże się również z prawem skorzystania przez stronę postępowania karnego, cywilnego czy administracyjnego z możliwości fachowej pomocy prawnej pełnomocnika lub obrońcy. Gwarancją realizacji prawa dostępu do sądu jest uzyskanie nieodpłatnej lub częściowo odpłatnej pomocy prawnej. W swoich orzeczeniach ETPC stwierdza, iż pomoc prawna jest elementem skutecznej realizacji prawa do sądu, a odmowę udzielenia pomocy prawnej należy traktować jako formę ograniczenia prawa do sądu. W sprawach *Staroszczyk przeciwko Polsce*³² i *Siatkowska przeciwko Polsce*³³ Trybunał wskazał na pewne wady systemowe świadczenia pomocy prawnej w Polsce. W postępowaniu przed SN istnieje tzw. przymus adwokacki, który polega na obowiązku korzystania z pomocy pełnomocnika będącego adwokatem (radcą prawnym) przy sporządzaniu i wnoszeniu skargi kasacyjnej. W obu przedstawionych sprawach odmówiono sporządzenia skargi kasacyjnej. W opinii

²⁷ R. Stasiak, *Sądownictwo...*, op. cit., s. 426.

²⁸ Dz.U. z 2005 r., Nr 167, poz. 1398 z późn. zm.

²⁹ M. Siudowski, *Prawo do sądu. Raport z monitoringu ochrony praw podstawowych w Polsce*, Wydawnictwo Instytutu na Rzecz Państwa Prawa, Lublin–Warszawa–Poznań 2006, s. 9. Materiały źródłowe ze strony internetowej: <http://www.fipp.org.pl/images//access%20to%20justice%20report.pdf>.

³⁰ Materiały źródłowe ze strony internetowej: <http://www.ssa.waw.pl/9.html>.

³¹ *Sprawa Podbielski i PPU POLPURE przeciwko Polsce*. Wyrok ETPC z dnia 26 lipca 2005 r., skarga nr 39199/98.

³² *Sprawa Siatkowska przeciwko Polsce*. Wyrok ETPC z dnia 22 marca 2007 r., skarga nr 8932/05.

³³ *Sprawa Staroszczyk przeciwko Polsce*. Wyrok ETPC z dnia 22 marca 2007 r., skarga nr 59519/00.

Trybunału kwestia formy i terminu odmowy udzielenia pomocy prawnej, w szczególności w zakresie sporządzenia kasacji, powinna być jednoznacznie uregulowana.

Od kilku lat w Polsce trwają już prace nad stworzeniem ustawy, która zapewni obywatelom dostęp do nieodpłatnej pomocy prawnej finansowanej przez Skarb Państwa. Ministerstwo Sprawiedliwości w lutym 2009 roku przygotowało założenia do kolejnego już projektu ustawy o nieodpłatnej pomocy i informacji prawnej dla osób fizycznych. Podstawowym zadaniem projektu ustawy jest stworzenie systemu instytucjonalnego, który zapewni realizację prawa dostępu do usług prawnych niezamożnym obywatelom na etapie przedsądowym. Przyznanie tej pomocy Ministerstwo uzależnia od kryterium dochodowego i majątkowego osób, które nie posiadają majątku pozwalającego na pokrycie kosztów pomocy prawnej³⁴.

Wśród czynników ograniczających prawo dostępu do sądu wylicza się również: nadmierny formalizm, przewlekłość postępowania, złą organizację pracy sądów, zakres kognicji sądów oraz brak skutecznej informacji o zasadach korzystania z procedury sądowej.

Nadmierny formalizm w postępowaniu sądowym stanowi przeszkodę w dostępie do sądu. Dotyczy to przymusu wnoszenia pism na formularzach w postępowaniu uproszczonym i upominawczym, co niejednokrotnie powoduje konieczność skorzystania przez stronę z pomocy fachowego pełnomocnika ze względu na stopień skomplikowania i trudności z ich wypełnieniem. Formalizm związany jest również z rygorystycznymi przepisami, które pozwalają sądom na zwrot pozwu lub odrzucenie środków zaskarżenia w przypadku najdrobniejszych uchybień. Z powodu niewłaściwie naliczonej opłaty sądowej przez przedsiębiorcę sądy odrzucają bądź zwracają pisma, natomiast w przypadku niewłaściwego obliczenia opłaty przez adwokata lub radcę prawnego dokonują definitywnego zwrotu pisma.

TK zakwestionował przepisy regulujące nadmierny formalizm, stwierdzając, że rozporządzenie formularzowe jest niezgodne ze wskazanym wzorcem konstytucyjnym i prawodawca powinien rozważyć uproszczenie ich budowy, by korzystanie z urzędowych wzorów nie nastroczało obywatelom nadmiernych problemów³⁵.

Zdaniem R. Stasiaka, proces przemian politycznych i gospodarczych po 1989 roku znacznie przyczynił się do wzrostu wpływu spraw do sądów. Od 1993 roku rozszerzono zakres kognicji sądów o sprawy wieczystoksięgowe dotyczące rejestru przedsiębiorstw i rejestru zastawów, ponadto sądy stały się właściwe w przedmiocie stosowania tymczasowego aresztowania, a także właściwości sądów przekazano sprawy o wykroczenia³⁶. Jak wynika z analizy statystycznej działalności sądów powszechnych w 2006 roku opracowanej przez Wydział Statystyki Departamentu Organizacyjnego Ministerstwa Sprawiedliwości, w 2006 roku zarejestrowano 10,1 mln spraw, tj. o ponad 300 tys. spraw więcej niż w 2005 roku. Ogólnie w 2006 roku sądy miały do załatwienia 11,6 mln spraw. Dla porównania w 1999 roku zarejestrowano 6 614 390 spraw w sądach powszechnych³⁷. Wraz z ilością przybyłych

³⁴ Materiały źródłowe ze strony internetowej: <http://www.mojeprawo.pl/index.php?symbol=aktualnosci.htm&show=4425>.

³⁵ Wyrok TK z dnia 12 marca 2002 r., P 9/01, OTK 2002/2A/14.

³⁶ R. Stasiak, *Sądownictwo...*, *op. cit.*, s. 425.

³⁷ Materiały źródłowe ze strony internetowej: http://www.ms.gov.pl/statystyki/2006_ewidenc_spraw_orzeczn_w_sad_powszechnych_oraz_wieziennictwie.pdf.

spraw proporcjonalnie nie zwiększono zatrudnienia kadry urzędniczej i sędziowskiej, nie wprowadzono również zmian w organizacji pracy ani uproszczonych procedur³⁸.

Postępowanie sądowe powinno zakończyć się w rozsądnym terminie. Strona może wnieść skargę o stwierdzenie, że w postępowaniu, którego skarga dotyczy, nastąpiło naruszenie jej prawa do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki, jeżeli postępowanie w tej sprawie trwa dłużej niż to konieczne dla wyjaśnienia faktycznych i prawnych okoliczności sprawy. Przewlekłość postępowania powoduje negatywne skutki w sferze postrzegania instytucji wymiaru sprawiedliwości, a także deprecjację znaczenia prawa do sądu³⁹. Obywatele polscy mają możliwość składania skarg na naruszenia praw i wolności przez władze polskie. Wniesienie skargi ma na celu uzyskanie orzeczenia co do tego, czy w określonej sprawie nastąpiło naruszenie praw jednostki gwarantowanych przez EKPC. Polska jest obecnie trzecim państwem – stroną Konwencji – pod względem ilości skarg wnoszonych przeciwko niej do ETPC. Z zamieszczonej na stronach internetowych Trybunału statystyki wynika, iż w 1997 roku z Polski zarejestrowano 430 skarg, wśród których 47 uznano za niedopuszczalne. Natomiast w 2007 roku 4211 skarg skierowano do rozpatrzenia, a 3963 uznano za niedopuszczalne⁴⁰. Większość spraw wnoszonych przez obywateli Polski do ETPC zdaniem H. Bojarek-Ziaja dotyczy naruszeń art. 6 EKPC⁴¹.

Przy omawianiu ograniczenia prawa do sądu godna zainteresowania jest instytucja immunitetu. Ustawa z dnia 26 maja 1982 roku – Prawo o adwokaturze⁴² reguluje instytucję immunitetu adwokackiego. Immunitet adwokacki ma charakter materialnoprawny, ponieważ uchyła karalność przestępstwa i w konsekwencji powoduje niedopuszczenie do prowadzenia procesu. Z drugiej strony immunitet oznacza „zielone światło” dla czynności wykonywanych przez adwokata, który reprezentuje interesy swojego klienta i gwarantuje możliwość prawidłowego funkcjonowania adwokatury. Immunitet w istocie może ograniczać prawo do sądu, ale tylko w zakresie skierowania przeciwko adwokatowi aktu oskarżenia, tym samym osoba nie może skutecznie wszcząć postępowania karnego i doprowadzić do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Trybunał określa, iż tylko w takim zakresie zostaje ograniczone prawo do sądu. Nie oznacza to jednak absolutnego naruszenia prawa do sądu. TK stwierdza, że immunitet adwokacki nie powoduje ograniczenia prawa do sądu, gdyż służy realizacji określonych wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP pozwalających ograniczać prawa jednostki. Ograniczenie prawa do sądu wynikające z kwestionowanego immunitetu służy realizacji wartości porządku publicznego i praw innych osób⁴³.

³⁸ R. Stasiak, *Sądownictwo...*, op. cit., s. 425.

³⁹ *Prawa człowieka i systemy ich ochrony*, red. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, Wrocław 2004, s. 134.

⁴⁰ Materiały źródłowe ze strony internetowej:

http://coe.org.pl/pl/polska_w_radzie_europy/orzecznictwo_trybunalu_w_sprawach_polskich/skargi_z_polski.

⁴¹ H. Bojarek-Ziaja, *Skarga do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Skarga do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Warszawa 2008, s. 38.

⁴² Dz.U. z 2002 r., Nr 123, poz. 1058, Nr 126, poz. 1069 i Nr 153, poz. 1271 z późn. zm.

⁴³ Wyrok TK z dnia 14 grudnia 2005 r., SK 22/05, OTK 2005/11A/135.

Przy analizie prawa do sądu na zainteresowanie zasługuje problem nadużycia tego prawa. H. Dolecki reprezentuje pogląd, iż „przyznanie daleko idących uprawnień do korzystania z drogi sądowej stwarza możliwości zaistnienia sytuacji, w których prawo to może być wykorzystywane niezgodnie z jego celem, nie dla ochrony praw jednostki, lecz wyłącznie w celu szykanowania innej osoby, co stanowi nadużycie prawa”⁴⁴. W nauce prawa przyjęto pogląd, że istnieje możliwość nadużycia publicznych praw podmiotowych zarówno w zakresie prawa materialnego, jak i procesowego⁴⁵.

Nadużywanie uprawnień procesowych przez jednostkę i składanie dziesiątek bezpodstawnych i nienależnych skarg do sądów administracyjnych mimo wszystko zobowiązuje organ do ich rozpatrzenia zgodnie z przyjętą procedurą, co w konsekwencji prowadzi do zwiększenia kosztów pracy sądu. Tylko nieliczne z nich mają na celu ochronę własnych uprawnień jednostki. Zdecydowana większość zostaje uznana za niezasadne i zawiera nienależne zarzuty mające dokuczyć innym osobom. Taka praktyka godzi w autorytet sądownictwa, dlatego też coraz częściej poszukuje się środków i mechanizmów służących zapobieganiu nadużyciu prawa do sądu⁴⁶.

H. Dolecki stwierdza, iż przydatne w zapobieganiu opisanym nadużyciom są uregulowania Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 roku – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁴⁷. Przepisy ustawy wskazują na potrzebę zastosowania określonych wymogów formalnych we wnoszonych pismach, a także na to, aby w ich treści nie było elementów poniżających bądź ośmieszających inne osoby. Skargi formalnie poprawne, ale zawierające wymienione elementy, powinny być pozostawione bez rozpoznania. Koszty sądowe, racjonalnie określone w ustawie, stanowią drugą instytucję zdolną przeciwdziałać zjawisku nadużycia prawa. Jednostka, ponosząc koszty w postępowaniu, partycypuje w ogólnych kosztach dotyczących sądownictwa. Wymóg ten zmusza ją również do zastanowienia się nad celowością ponoszonych kosztów w momencie składania nieracjonalnych i bezprzedmiotowych skarg. Zdaniem H. Doleckiego „takie rozwiązanie nie narusza prawa stron do sądu, ale w prawidłowy sposób je racjonalizuje”⁴⁸.

Z informacji o działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w 2007 roku z uwagami o stanie przestrzegania wolności i praw człowieka i obywatela wynika, iż prawo dostępu do sądu jest przez naszego ustawodawcę co do zasady respektowane. Więcej uwag i wątpliwości związanych jest z ukształtowaniem procedury sądowej w zakresie realizacji prawa do sądu i środków przeznaczonych na sądownictwo oraz brakiem zaufania opinii publicznej mimo prawnego zabezpieczenia niezależnego systemu sądowego⁴⁹.

Przeszkodą w dostępie do sądu jest brak właściwego informowania społeczeństwa o zasadach korzystania z procedury sądowej. W tym celu Ministerstwo Sprawiedliwości od września 2008 roku realizuje ogólnopolski projekt pod nazwą „Ułatwianie dostępu do

⁴⁴ H. Dolecki, *Sądownictwo administracyjne...*, op. cit., s. 135.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 133.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 136.

⁴⁷ Dz.U. z 2002 r., Nr 153, poz. 1270.

⁴⁸ H. Dolecki, *Sądownictwo administracyjne...*, op. cit., s. 137.

⁴⁹ Materiały źródłowe ze strony internetowej: <http://www.gover.pl/k6/wystapienia/szczegoly/posel/czumaandrzej/wystapienie/1332>.

wymiaru sprawiedliwości”. Celem projektu jest ułatwienie społeczeństwu dostępu do wymiaru sprawiedliwości poprzez skuteczną politykę informacyjno-edukacyjną oraz modernizację sposobu świadczenia usług przez sądy⁵⁰.

Zakończenie

W krajowych i międzynarodowych regulacjach prawnych, a także w orzecznictwie ETPC i TK, prawo dostępu do sądu jako element treści prawa do sądu klasyfikuje się wśród podstawowych praw jednostki oraz zasadniczych gwarancji państwa prawa. Należycie uregulowany i urzeczywistniony dostęp do sądu jest źródłem bezpieczeństwa podmiotów prawnych.

Prawo dostępu do sądu w demokratycznym państwie prawnym z punktu widzenia ochrony wolności i praw człowieka i obywatela odgrywa fundamentalne znaczenie. Demokracja jest niezbędnym warunkiem przestrzegania praw człowieka, ale nie wystarczającym. Mimo demokratycznej władzy prawo do sądu podlega opisanym ograniczeniom i nadużyciom. Przyczyn ograniczeń należy dopatrywać się w nieodpowiednio rozumianej zasadzie państwa prawnego, arbitralności władzy czy braku szacunku do obywateli. Naruszenia w zakresie prawa dostępu do sądu stanowią niebezpieczeństwo dla polskiej demokracji, prowadząc w konsekwencji do kompromitacji władzy na arenie międzynarodowej. Są także próbą ograniczania podstawowych praw i wolności człowieka. Niektóre ograniczenia prawa uznaje się za dopuszczalne, natomiast w żadnym wypadku nie należy tolerować „łamania” i nadużywania gwarancji prawa dostępu do sądu.

⁵⁰ Materiały źródłowe ze strony internetowej: <http://www.lex.com.pl/?cmd=artykul,2175>.

Umowy offsetowe. Teoria a praktyka

Wstęp

Umowy offsetowe budzą w Polsce od niedawna spore emocje związane głównie z offsetem jaki zawarliśmy w 2003 roku w sprawie dostaw samolotów bojowych F-16². Jednocześnie jest to kwestia dość rzadko poruszana w doktrynie prawa.

W powszechnym mniemaniu umowy offsetowe raczej nie są zawierane i zamiast spektakularnych kontraktów i środków finansowych na restrukturyzację polskiego przemysłu obronnego (miał to być w zamyśle jeden z celów zawierania licznych umów offsetowych)³ występują mnożące się wątpliwości odnośnie realizacji zobowiązań offsetowych przez zagranicznych przedsiębiorców.

W niniejszym artykule zamierzamy podać teoretyczne podstawy uregulowania umów offsetowych w Polsce, zawarte w ustawie z 10 września 1999 roku – „o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostawy na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa”⁴ (zwaną dalej ustawą), poddać pogłębionej analizie prawny charakter umów offsetowych, przedstawić praktykę funkcjonowania tych umów oraz spróbować odpowiedzieć na pytanie, czy umowy offsetowe rzeczywiście są w kryzysie.

Jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy⁵, jej uchwalenie było konieczne ze względów konstytucyjnych. Art. 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku⁶ przesądza bowiem, że „ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”. Umowy offsetowe można uznać za takie właśnie ograniczenia ze względu na to, że nie wszystkie podmioty stają do równej, konkurencyjnej walki o dostęp do offsetu, który jest bardzo lukratywnym

¹ Autorzy są studentami II roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² Do tej kwestii powrócimy jeszcze w dalszej części artykułu.

³ Z uzasadnienia trybu pilnego dla uchwalenia ustawy, [http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruk/1250/\\$file/1250.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruk/1250/$file/1250.pdf).

⁴ Dz.U. z 1999 r., Nr 80, poz. 903.

⁵ Uzasadnienie projektu ustawy, [http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruk/1250/\\$file/1250.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruk/1250/$file/1250.pdf).

⁶ Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

przedsięwzięciem. Offset jest też praktyką monopolistyczną. Zawieranie takich umów dopuszcza również prawo Unii Europejskiej, a konkretnie art. 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską⁷, stwierdzający między innymi, że „każde Państwo Członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi; środki takie nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na wspólnym rynku w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych”.

Kwestie definicyjne

Ważną częścią ustawy jest jej słowniczek, gdyż ze względu na specjalistyczny charakter tej regulacji prawnej jest on dość obszerny i wymaga krótkiej prezentacji dla lepszego zrozumienia istoty umów offsetowych. Ogólnie rzecz ujmując, offset polega na przeniesieniu części produkcji uzbrojenia lub sprzętu wojskowego do kraju kupującego sprzęt i zawarciu umów kooperacji z przedsiębiorcami lub dokonaniu inwestycji⁸. Z kolei umowa offsetowa to umowa zawarta między Skarbem Państwa a zagranicznym dostawcą, określająca w szczególności wartość, przedmiot i harmonogram wykonania zobowiązań offsetowych oraz warunki, na jakich mają być wykonane (art. 3 ust. 1 ustawy).

Natomiast wspomniane zobowiązanie offsetowe należy rozumieć jako zobowiązanie bezpośrednie lub pośrednie zagranicznego dostawcy do zakupu od Skarbu Państwa udziałów lub akcji, a także do wniesienia wkładów do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością bądź spółki akcyjnej, do przekazania technologii lub do zawarcia i zrealizowania umowy sprzedaży, dostawy, licencji, *know-how* lub innej umowy o przeniesienie prawa lub świadczenie usług zawartej między offsetodawcą a offsetobiorcą (art. 3 ust. 2 ustawy).

Offsetobiorcą jest przedsiębiorca z miejscem zamieszkania albo siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonujący zobowiązanie offsetowe wynikające z umowy offsetowej (art. 3 ust. 4 ustawy), albo polska uczelnia, jednostka badawczo-rozwojowa oraz jednostka budżetowa, która wykonuje zadania związane z eksploatacją uzbrojenia lub sprzętu wojskowego będącego przedmiotem dostawy (art. 3 ust. 4 ustawy).

Zobowiązanie offsetowe może być z kolei zobowiązaniem bezpośrednim – jeżeli offsetobiorcą jest podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym lub obrotu technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym⁹ – lub zobowiązaniem pośrednim, gdy chodzi o wszelkie inne niż bezpośrednie zobowiązania offsetowe (art. 3 ust. 8 ustawy).

⁷ Dz.U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.

⁸ *Ibidem*, s. 12.

⁹ Art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U., Nr 67, poz. 679 z późn. zm.).

Charakter prawny umowy offsetowej

Próbie zaklasyfikowania umowy offsetowej jako określonego typu czynności prawnej należy zacząć przede wszystkim od wyznaczenia jej elementów przedmiotowo istotnych¹⁰. Na tzw. *essentialia negotii* składają się, zgodnie z definicją ustawową, zarówno elementy podmiotowe, jak i przedmiotowe; do tych pierwszych zaliczyć należy strony umowy, którymi mogą być wyłącznie Skarb Państwa (reprezentowany przez właściwego ministra) oraz zagraniczny dostawca (rozumiany jako strona zarówno umowy dostawy, jak i umowy offsetowej, w tym konsorcjum, rząd innego państwa, agendy rządowe realizujące na podstawie umowy dostawy uzbrojenia lub sprzętu wojskowego na potrzeby obronności lub bezpieczeństwa państwa, jak również podmioty, które ubiegają się o udzielenie zamówienia i złożyły ofertę offsetową). Przedmiotem umowy musi być natomiast zobowiązanie offsetowe zagranicznego dostawcy – rozumiane jako zobowiązanie bezpośrednie lub pośrednie zagranicznego dostawcy do dokonania pewnych wskazanych ustawowo czynności prawnych ze Skarbem Państwa lub offsetobiorcą. Takie wskazanie przez ustawodawcę elementów przedmiotowo istotnych umowy offsetowej pozwala na sklasyfikowanie jej jako umowy nazwanej¹¹. W konsekwencji możliwość zastosowania przepisów ogólnych kodeksu cywilnego ograniczać się będzie jedynie do zakresu nieuregulowanego przez przepisy dotyczące umowy sprzedaży oraz przywołaną ustawę.

Kolejną cechą charakterystyczną umowy offsetowej jest jej akcesoryjność wobec umowy dostawy uzbrojenia lub sprzętu wojskowego. Wynika to przede wszystkim z analizy art. 4 ustawy. Przed nowelizacją w 2002 roku przepis ten przewidywał bezskuteczność umowy dostawy w przypadku braku zawarcia umowy offsetowej¹². W obecnym stanie prawnym nie ma już takiej klauzuli. Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy zmiana taka była podyktowana modyfikacją trybu zawarcia umowy offsetowej¹³. Nie wyklucza to jednak traktowania umowy offsetowej nadal jako umowy akcesoryjnej względem umowy dostawy. Wynika to bowiem z obowiązku zawarcia umowy offsetowej z zagranicznym dostawcą, wyłączenia możliwości odstąpienia (art. 4 ust. 1 i 2 w nowym brzmieniu), jak i – co najważniejsze – wyłączenia możliwości zawarcia umowy dostawy przed zawarciem umowy offsetowej (art. 8 ust. 12 *a contrario*). Oznacza to zatem, że umowa offsetowa, jako umowa pomocnicza względem umowy dostawy, służy jej umocnieniu, a jej istnienie i treść w dużej mierze zależą od umowy podstawowej¹⁴.

Umowa offsetowa ma również ramowy charakter. Zgodnie z ustalonym poglądem doktryny oznacza to zatem, że jej wykonanie zależą będzie od zawarcia umów wykonawczych

¹⁰ Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977.

¹¹ *Ibidem*; ponadto *Ustawa o umowach offsetowych*, komentarz A. Szumański, Kraków 2000.

¹² Umowa stawała się ważna dopiero z chwilą zawarcia umowy offsetowej. W trakcie kolejnych nowelizacji przepis ten przewidywał jej ważność dopiero z upływem określonego terminu;

¹³ Uzasadnienie rządowego projektu zmiany ustawy o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa opublikowane zostało w druku nr 717 z datą wpływu 13.06.2006.

¹⁴ Z. Radwański, *op. cit.*

(tj. umów poddostawy¹⁵), ponieważ zobowiązania w niej zawarte nie są na tyle konkretne, aby jednoznacznie wskazywały na – przykładowo – wysokość zapłaty czy też ilość dostaw. Na poparcie tego poglądu warto przytoczyć choćby definicję zobowiązania offsetowego (art. 3 pkt 2) jako zobowiązania z góry nieokreślonego, jeśli chodzi o ilość czy jakość świadczenia; z drugiej zaś strony jednoznacznego, jeśli chodzi o jego typ (zakup udziałów lub akcji od Skarbu Państwa, wniesienie wkładów do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością bądź spółki akcyjnej, przekazanie technologii lub zawarcie i zrealizowanie umowy sprzedaży, dostawy, licencji, know-how lub innej umowy o przeniesienie prawa lub świadczenie usług).

Umowa offsetowa zawierana między zagranicznym dostawcą a Skarbem Państwa jest umową jednostronnie zobowiązującą. Wynika to z przywołanej już definicji ustawowej tej umowy (art. 3 pkt 1). W konsekwencji jedynie Skarb Państwa, wobec którego podmiot zagraniczny zobowiązuje się do określonych świadczeń, jest uprawniony z tej umowy. Jednocześnie warto zaznaczyć, że nie znajdują zastosowania przepisy dotyczące roszczeń z tytułu niewykonania zobowiązania z umów wzajemnych kodeksu cywilnego (art. 491–497), ponieważ umowa offsetowa nie ma charakteru umowy wzajemnej w rozumieniu art. 487 § 2. W tym wypadku nie ma bowiem świadczenia ekwiwalentnego Skarbu Państwa wobec zagranicznego dostawcy – takiego zobowiązania w ogóle umowa nie przewiduje.

Umowa offsetowa jest również umową konsensualną – tzn. dochodzi do skutku przez zgodne oświadczenia woli stron (*solo consensu*). Należy jednak zwrócić uwagę również na wymóg zatwierdzenia tej umowy przez Radę Ministrów (art. 23 ustawy) – nie zmienia to jednak jej charakteru na realny.

Na samym końcu charakterystyki prawnej umowy offsetowej warto zastanowić się, czy umowa taka, zawierana jako akcesoryjna wobec umowy dostawy, ma charakter kompensacyjny.

Zgodnie z orzecnictwem Sądu Najwyższego¹⁶ pod pojęciem umów kompensacyjnych rozumiane jest bowiem takie porozumienie kilku podmiotów (co najmniej trzech), na podstawie którego dochodzi do umorzenia pewnych wzajemnych zobowiązań w formie bezgotówkowej (np. poprzez potrącenie lub przelew wierzytelności). Zatem umowa kompensacyjna jest z jednej strony umową wielostronną, dopuszczalną na gruncie kodeksowej swobody umów, a jednocześnie w jej obrębie dochodzi do umownych relacji dwustronnych między konkretnymi już stronami umowy. Umowa kompensacyjna jest zatem swoistym porozumieniem wielopodmiotowym opierającym się na specyficznych relacjach dwustronnych. Należy jednocześnie przyjąć za trafne stanowisko wyrażone już w doktrynie¹⁷, że umowa offsetowa stanowi jeden z rodzajów¹⁸ umowy kompensacyjnej – z pewnymi jednakże zastrzeżeniami.

Po pierwsze, umowy offsetowej jako podtypu umowy kompensacyjnej nie należy analizować w oderwaniu od umowy dostawy, jak i umów wykonawczych. Zgodnie z definicją sformułowaną przez Sąd Najwyższy w przywołanym orzeczeniu umowa kompensacyjna

¹⁵ *Ustawa o umowach offsetowych, op. cit.*

¹⁶ Zwłaszcza wyrok SN z dnia 20 grudnia 2005 r. (V CSK 68/05, Lex nr 171286).

¹⁷ *Ustawa o umowach offsetowych, op. cit.*

¹⁸ Podziału umów kompensacyjnych ze względu na rodzaj i treść dokonał Stanisław Włodyka, zob. S. Włodyka, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000.

składa się bowiem tak naprawdę z szeregu dwustronnych umów między poszczególnymi podmiotami. Warto jednakże podkreślić, że umowa offsetowa będzie odgrywała w tym kontekście rolę umowy ramowej; jako umowę główną należy uznać zatem umowę dostawy (ponieważ to względem niej umowa offsetowa ma charakter akcesoryjny). Zostaje zatem spełnione wymaganie, aby w ramach umowy kompensacyjnej istniało wiele, dwustronnych umów zależnych od umowy głównej.

Po drugie, należy rozważyć, czy umowa offsetowa jest umową wielopodmiotową. Otóż, zgodnie z definicją ustawową, jest ona zobowiązaniem się dostawcy zagranicznego wyłącznie względem Skarbu Państwa. Jak już jednak zostało wskazane, nie można analizować takiej umowy w oderwaniu od jej kontekstu. Mianowicie, offsetobiorcą w rozumieniu ustawy nie jest Skarb Państwa, ale przedsiębiorca z miejscem zamieszkania albo siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wykonujący zobowiązanie offsetowe wynikające z umowy offsetowej, a także polska uczelnia, jednostka badawczo-rozwojowa oraz jednostka budżetowa, która wykonuje zadania związane z eksploatacją uzbrojenia lub sprzętu wojskowego będącego przedmiotem dostawy (art. 3 pkt 4). Podmiot taki, jako „beneficjent offsetu”, odgrywa rolę „sprzedającego swoje towary lub usługi o charakterze kompensacyjnym”¹⁹. Dochodzi tutaj zatem do powstania trójpodmiotowego stosunku prawnego między Skarbem Państwa, zagranicznym przedsiębiorcą i polskimi przedsiębiorcami (lub innymi wymienionymi przez ustawę podmiotami).

Swoistość tego stosunku prowadzić może do wniosku, że umowa offsetowa jest przykładem tzw. umowy na rzecz osoby trzeciej. Ogólną regulację odnaleźć można zatem w art. 393 §1 k.c. stanowiącym o szczególnym rodzaju zobowiązania, w którym dłużnik ma spełnić świadczenie nie wobec wierzyciela, lecz wobec osoby niebędącej stroną tej umowy i niebiorącej w niej udziału²⁰. Przyjęcie takiego stanowiska prowadziłoby jednak do wniosku, że beneficjent offsetu został wyposażony w roszczenia wynikające z przepisów ogólnych (art. 393 §§ 1–3), co jest niedopuszczalne w wypadku niewystarczająco skonkretyzowanych świadczeń charakterystycznych dla zobowiązań offsetowych. Ponadto, w umowach tego typu nie pojawiają się zwykle treści odpowiednio konkretyzujące samego beneficjenta offsetu, co również uniemożliwiałoby roszczenie. Co więcej, należy wnosić, że w przypadku skomplikowanego typu świadczeń roszczenie takie staje się niemożliwe, jeśli wymaga ono pewnych czynności przygotowawczych od obu stron. Reasumując, można zaryzykować twierdzenie, że na podstawie umowy offsetowej, wprawdzie bliskiej konstrukcji umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej, w wielu wypadkach nie będzie możliwe zastosowanie przepisów art. 393 kodeksu cywilnego.

Ponadto, jak trafnie zauważono już w doktrynie²¹, umowy kompensacyjne powinny być rozpatrywane jako kontrakty ramowe zobowiązujące do zawarcia w przyszłości umów wykonawczych między określonymi stronami. Jak już zostało wcześniej wskazane, umowa offsetowa jest również tego typu umową ramową, długoterminową, zawieraną na maksymalnie 10 lat (art. 12 ust. 1). Określa jednakże na tyle nieokreślone co do

¹⁹ *Ustawa o umowach offsetowych, op. cit.*, s. 29.

²⁰ Wyrok SN z dn. 19 lutego 2002 r. (IV CKN 786/2000).

²¹ A. Olejniczak, *Charakter prawny umów kompensacyjnych*, RPEiS 1991, z. 1, s. 70 i nast.

wysokości i jakości rodzaje świadczeń, że niejako „wymusza” kolejne umowy wykonawcze w przyszłości.

Podsumowując, można dojść do wniosku, że umowa offsetowa rozpatrywana w świetle prawa cywilnego stanowi specyficzny typ czynności prawnej, zarówno jednostronnie zobowiązujący, dochodzący do skutku *solo consensu*, jak i kauzalny. Otwarta pozostaje kwestia, do jakiego rodzaju umów kompensacyjnych umowa offsetowa jest najbardziej zbliżona²².

Praktyka umów offsetowych w Polsce

Po części teoretycznej zamierzamy w kilku słowach przedstawić, jak wygląda praktyka funkcjonowania w naszym kraju umów offsetowych.

W latach 2001–2009 zawarto 16 umów offsetowych o łącznej wartości ponad 19 mld zł. (6,87 mld dol. i 1,1 mld euro)²³. Najważniejsze dotyczą dostawy samolotu wielozadaniowego F-16 (2003), samolotu transportowego CASA (2001), przeciwpancernego pocisku kierowanego Spike (2004) i kołowego transportera opancerzonego Rosomak (2003).

Oprócz wspomnianych, bardzo głośnych kontraktów zawarto też szereg umów o mniejszej wartości. W roku 2001 oprócz umowy dotyczącej samolotu CASA Polska zawarła umowę z francuską spółką Eurotorp związaną z dostawą dla Sił Zbrojnych RP lekkiej torpedy MU90/Impast oraz z holenderskim Thalesem w związku z dostawą modułowych systemów bojowych, systemów łączności, nawigacji, lądowego systemu programowania i szkolenia w zakresie integracji, dokumentacji, obsługi technicznej oraz integracji systemów bojowych w celu modernizacji okrętów klasy ORKAN.

Również 3 umowy zostały zawarte w roku 2003. Oprócz rekordowego kontraktu z Lockheed Martin Corporation związanego z dostawą F-16 (wartość offsetowa wynosi 6,028 mld dol.) zawarto umowy z firmami Patria (Finlandia) oraz Oto Melara (Włochy) – obie w związku z dostawą kołowych transporterów opancerzonych.

W roku 2002 oraz 2005 nie zawarto żadnej umowy offsetowej, natomiast w 2007 zawarto tylko jedną, z włoskim koncernem Avio, związaną z dostawą silnika dla korwety Gawron o wartości offsetowej 9,76 mln euro.

Rok 2004 przyniósł kontrakty na wspomniane rakiety Spike, natomiast w 2006 roku zawarto (podobnie jak w latach 2001 i 2003) 3 umowy offsetowe. Najpierw w związku z dostawą radiostacji cyfrowych plecakowych i pokładowych, komponentów systemów łączności oraz części zamiennych podpisano umowę z amerykańskim koncernem Harris,

²² Kwestia pozostaje otwarta o tyle, o ile by uznać, że umowa taka nie może być umową kompensacyjną, ponieważ nie wpasowuje się w wyszczególniony w doktrynie podział. Sąd Najwyższy nie zajął jednak w tej kwestii stanowiska.

²³ Wyliczenie na podstawie: T. Gańczarczyk, *Offset po polsku, czyli zyski i pułapki*, <http://www.wnp.pl/artykuly/offset-po-polsku-czyli-zyski-i-pulapki,5035.html>, oraz danych Ministerstwa Gospodarki: *Nowe umowy offsetowe dla polskiego lotnictwa*, <http://www.mg.gov.pl/Wiadomosci/Offset+i+obronnosc/Nowe+umowy+offsetowe+dla+polskiego+lotnictwa.htm>, *Umowa offsetowa z Satlynx S.a.r.l.*, <http://www.mg.gov.pl/Wiadomosci/Offset+i+obronnosc/Umowa+offsetowa+z+Satlynx+Sarl.htm> oraz *Sprawozdanie z wykonania zobowiązań offsetowych w 2007 r.*, <http://www.mg.gov.pl/NR/rdonlyres/9F0765CA-CB1A-417E-A35F-7292C5E08EAD/47697/Umowyoffsetowewedlugstanunadzien31grudnia2007r1.pdf>.

następnie z norweskim przedsiębiorstwem Nammo Raufoss zawarto umowę na dostawę amunicji kaliber 12,7 mm oraz 30 mm, a 3 dni później ze szwedzkim Saabem w związku z dostawą rakiet RBS15 Mk3.

Z kolei w zeszłym roku doszło do podpisania 5 umów offsetowych o łącznej wartości około 303 mln zł. (ok. 167 mln dol. i 136 mln euro). Są to kontrakty z Rockwell Collins, Pratt&Whitney Canada, Terma A/S, Satlynx S.a.r.l. oraz Kongsberg Defence&Aerospace AS.

W 2008 roku podpisano też szereg aneksów do wcześniej zawartych umów offsetowych. Warto tutaj wspomnieć o aneksach do umowy z Harris Corporation: w pierwszym zawarto pięć nowych bezpośrednich zobowiązań offsetowych związanych z przedmiotem umowy dostawy. Wszystkie zobowiązania ulokowane są w Wojskowych Zakładach Łączności Nr 2 w Czernicy²⁴, w drugim natomiast podniesiono wartość umowy offsetowej o ponad 20 mln dol., dodając dwa nowe zobowiązania offsetowe – nieodpłatny transfer technologii do Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych oraz transfer technologii i zapewnienie rynków zbytu dla produktów eksportowych firmy WB Electronics²⁵.

Podpisano też aneks do umowy z Eurotorpem, dzięki czemu zwiększono wartość umowy offsetowej w związku z podwyższeniem wartości umowy dostawy²⁶.

23 grudnia 2008 roku został również podpisany aneks nr 2 do umowy offsetowej z dnia 1 lipca 2003 roku związanej z zakupem kołowych transporterów opancerzonych dla Polskich Sił Zbrojnych. Dzięki aneksowi wartość umowy offsetowej wzrosła o ponad 34 mln euro²⁷.

W lutym zawarto też aneks do umowy z CASA. Nowymi offsetobiorcami zostali: Fabryka Form Metalowych Formet SA, Zakład Narzędziowy Prodrem sp. z o.o., Mikroma SA oraz WB Electronics²⁸.

Również w 2008 roku podpisano zobowiązanie offsetowe Lockheed Martin, które dało podstawy do utworzenia Wspólnego Biura Planowania Obsługi Technicznej Polskiego F-16 w Wojskowych Zakładach Lotniczych nr 2 S.A. w Bydgoszczy. Jest to jedno z największych centrów serwisowych samolotów F-16 w Europie. Samo zobowiązanie zaś dotyczyło transferu technologii i know-how²⁹.

Na początku 2005 roku aneksowano też umowę offsetową związaną z zakupem F-16. Aneks miał zapobiec m.in. rozbieżnym interpretacjom umowy. Wprowadza on trzy rodzaje zmian: pierwsza o charakterze porządkującym, druga merytoryczna, trzecia to zmiany w projektach offsetowych. Zmiany porządkujące będą polegać na „uszczegółowieniu definicji” i mają zapobiec odmiennej interpretacji niektórych zapisów umowy, co dotychczas

²⁴ *Aneks do Umowy Offsetowej z Harris Corporation – podpisany*, <http://www.mg.gov.pl/Wiadomosci/Offset+i+obronnosc/Aneks+do+Umowy+Offsetowej+z+Harris+Corporation+podpisany.htm>.

²⁵ *Podpisanie aneksu do umowy offsetowej z Harris Corp.*, <http://www.mg.gov.pl/Wiadomosci/Offset+i+obronnosc/Podpisanie+aneksu+do+umowy+offsetowej+z+Harris+Corp.htm>.

²⁶ *Aneks do umowy offsetowej z Eurotorp*, <http://www.mg.gov.pl/Wiadomosci/Offset+i+obronnosc/Aneks+do+umowy+offsetowej+z+Eurotorp.htm>.

²⁷ *Kołowe transportery dla polskiej armii*, <http://www.mg.gov.pl/Wiadomosci/Offset+i+obronnosc/Kolowe+transportery+dla+polskiej+armii.htm>.

²⁸ T. Gańczarczyk, *Offset po polsku...*, *op. cit.*

²⁹ *Wicepremier Pawlak otwiera Biuro Planowania Obsługi Technicznej F-16 w Bydgoszczy*, <http://www.mg.gov.pl/Wiadomosci/Offset+i+obronnosc/Wicepremier+Pawlak+otwiera+biuro+planowania+obslugi+technicznej+F16+w+Bydgoszczy.htm>.

miało miejsce. W zmianach merytorycznych określono sposób wyceny projektów, które polegają na transferze technologii³⁰.

W maju 2009 roku aneksowano umowę offsetową z dnia 15 lutego 2007 roku, zawartą pomiędzy Skarbem Państwa a Avio S.p.A., podnosząc wartość zobowiązań offsetowych włoskiej spółki o prawie 250 tys. euro³¹.

Jak już wspomniano we wstępie, umowa offsetowa związana z zakupem 48 samolotów wielozadaniowych F-16 budzi w Polsce wiele kontrowersji, a realizacja projektów offsetowych spotkała się z krytyką mediów i wywołała polityczne rozgrywki. Na pewno nie można liczyć na to, że całe 6 miliardów dolarów zdynamizuje naszą gospodarkę³². Nie jest bowiem tak, że dzięki offsetowi do kraju bezpośrednio napływa kapitał. Często są to inwestycje długofalowe, a wielu dziennikarzy zapomina o tym, że umowa offsetowa została zawarta aż na 10 lat, a czas realizacji umowy offsetowej został podzielony na trzy okresy. Pierwszy – 3 lata: w tym czasie ma być zrealizowana umowa na 3 mld dol., w ciągu następnych 3 lat o wartości 2 mld dol., a w ostatnich 4 latach o wartości 1,028 mld dol.³³

Warte wspomnienia jest też to, że 6 mld dol. to zobowiązania objęte 100-procentową odpowiedzialnością. Wszystkie zobowiązania ponad tę kwotę to zobowiązania potencjalne, które Amerykanie chcą zrealizować. Jeśli zobowiązanie z listy obarczonych 100-procentową odpowiedzialnością nie miałoby zostać zrealizowane, można je zastąpić zobowiązaniem potencjalnym, pod warunkiem, że zostało już rozpoczęte. Wartość offsetu jest obliczona przy użyciu mnożników zależnych od znaczenia poszczególnych projektów dla polskiej gospodarki. Stąd z deklaracji amerykańskich wynika, że wartość zobowiązań liczona z mnożnikami sięga 12,5 mld dol. Z kwoty tej 40% to inwestycje dla wojska, a pozostałe 60% ma trafić do sektora cywilnego³⁴.

Warto też porównać ofertę Amerykanów z innymi potencjalnymi umowami offsetowymi, jakie mogły być zawarte w związku z dostawą dla Sił Zbrojnych samolotów wielozadaniowych. Oprócz F-16 mieliśmy też do wyboru szwedzkie Gripeny oraz francuskie Mirage 2000. Wydaje się, że właśnie wartość umowy offsetowej zdecydowała o wyborze oferty amerykańskiej. Podczas gdy Amerykanie oferowali aż 170% ceny zakupu samolotów – czyli wspomniane już 6,028 mld dol. – Szwedzi zaproponowali 146% ceny (4,881 mld dol.), a Francuzi jedynie 60% – czyli 2,19 mld dol.³⁵

Zakup samolotów wielozadaniowych był jednak koniecznością, a wielu ekspertów podziela opinię, że właśnie F-16 był spośród wspomnianej trójki najlepszy. Wprawdzie realizacja offsetu nie przebiega tak jak zakładano, ale nie można też mówić o jego fiasku. Z punktu widzenia polskich korzyści niezbędna jest przede wszystkim koncentracja

³⁰ B. Erbe, *Offset porażka czy sukces*, „CEO Magazyn Top Menedżerów”, <http://ceo.cxo.pl/artykuly/46980/Offset.porazka.czy.sukces.html>.

³¹ *Wiceminister Bogdan podpisał aneks do umowy z Avio*, <http://www.mg.gov.pl/Wiadomosci/Offset+i+obronnosc/Wiceminister+Bogdan+podpisał+aneks+do+umowy+z+Avio.htm>.

³² B. Erbe, *Offset...*, *op. cit.*

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ B. Bieszyński, *Zakup samolotów F-16 i umowa offsetowa*, „Infos. Zagadnienia społeczno-gospodarcze” nr 11 (28 marca 2007), [http://parl.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/319A0BFAE2D8FC94C12572AD002C5518/\\$file/infos_011.pdf](http://parl.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/319A0BFAE2D8FC94C12572AD002C5518/$file/infos_011.pdf).

na realizacji zobowiązań bezpośrednich oraz transferu nowoczesnej technologii. Konieczne jest również zastępowanie „nieperspektywicznych” zobowiązań inwestycjami o większym znaczeniu dla polskiej gospodarki³⁶. Do głównych przyczyn tego swoistego niezadowolenia należy zaliczyć niedostatek propozycji z zakresu zaawansowanych technologii, zbyt niski stopień nowoczesności części programów i planów offsetowych, zbyt małe znaczenie wielu z nich dla wzrostu konkurencyjności gospodarki oraz niedostosowanie do polskich warunków³⁷.

Beneficjentami umów offsetowych jest 45 polskich podmiotów³⁸. Są to głównie spółki kapitałowe (akcyjne lub z ograniczoną odpowiedzialnością), ale także np. Uniwersytet Łódzki czy Instytut Lotnictwa w Warszawie.

Wśród rodzajów zobowiązań offsetowych dominują zakupy towarów i usług, które stanowią 67% wszystkich zobowiązań offsetowych. 19,6% przypada na inwestycje, natomiast tylko 13,4% na technologie³⁹.

Kryzys umów offsetowych?

Przedstawione rozważania prowadzą do konkluzji, że wbrew dość powszechnemu mniemaniu umowy offsetowe są zawierane i rozwijane oraz nie okazały się fiaskiem. Chociaż zawierane są trochę pod przymusem, gdyż mało które państwo jest w stanie bez żadnych zobowiązań zwrotnych sfinansować swoje, nierzadko konieczne zakupy, a według polskiego prawa offset musi towarzyszyć każdemu zakupowi pochodzącego z zagranicy sprzętu wojskowego, jeśli wartość transakcji przekracza 5 milionów euro⁴⁰, ich siła tkwi nie w liczbach, ale w roli, jaką offset odegrał w ratowaniu polskich przedsiębiorstw, głównie przemysłu zbrojeniowego, w dopływie nowoczesnych technologii, otwarciu nowych rynków zbytu i możliwości kooperacyjnych⁴¹.

Naszym zdaniem, również umowa offsetowa związana z zakupem samolotu wielozadaniowego F-16 nie okazała się, jak chcą niektórzy, nieporozumieniem, mimo niedociągnięć, które dostrzegamy i które wskazano wyżej.

Umowy offsetowe to jednak nie tylko same plusy. Do największych problemów należy często rozliczanie realizacji zobowiązań offsetowych. Dla przykładu można podać, że w roku 2007 inwestycje w ramach offsetu pomyślnie rozliczone przez ministerstwo sięgały 397 mln dol. i 118 mln euro, natomiast według dostawców zagranicznych odpowiednio 510 mln dol. i 204 mln euro⁴². Również w wyniku przeprowadzanych kontroli często

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ M. Bartosik, *Offset – szansą dla nauki i gospodarki*, prezentacja multimedialna na ogólnopolską konferencję środowisk naukowych, Warszawa 2003, <http://kbn.icm.edu.pl/offset/2901html/slajd8.html>.

³⁸ Wyliczenie na podstawie: *Polscy offsetobiorcy*, http://www.mg.gov.pl/NR/rdonlyres/0E49D4D8-FDFF-4E77-AFC6-3A3C444986D0/0/6589_img0.gif oraz danych przedstawionych na stronach internetowych Ministerstwa Gospodarki – <http://www.mg.gov.pl/Wiadomosci/Offset+i+obronnosc/>.

³⁹ Dane Ministerstwa Gospodarki – http://www.mg.gov.pl/NR/rdonlyres/96618453-68FC-4DAF-AA63-B866E6BDB4DF/0/6589_img4.jpg.

⁴⁰ *A contrario* art. 2 ust. 1 ustawy; o tym wspomina też A. Walentek, *Wojsko kupiło samoloty, zapominając o offsecie*, <http://www.zw.com.pl/arttykul/187509.html>.

⁴¹ T. Gańczarczyk, *Offset po polsku...*, grafika do artykułu: <http://www.wnp.pl/foto/11505.html>.

⁴² T. Gańczarczyk, *Offset z poslizgiem*, http://logistyka.wnp.pl/offset-z-poslizgiem,61907_1_0_0.html.

stwierdza się, że w oświadczeniach offsetobiorców i offsetodawców składanych przy wniosku o zaliczenie zobowiązania offsetowego nierzadko występują różnice w stosunku do zapisów zawartych w specyfikacji danego zobowiązania offsetowego. Różnice te w szczególności dotyczą: błędnego offsetobiorcy lub offsetodawcy, daty rozpoczęcia realizacji zobowiązania offsetowego, nieprawidłowych wartości zrealizowanych zobowiązań offsetowych, udziału materiałów dostarczonych offsetobiorcy przez offsetodawcę w związku z realizacją zobowiązania offsetowego, dodatkowych warunków realizacji zobowiązania offsetowego, określenia rynków zagranicznych wymaganych w specyfikacji⁴³.

Przyszłość umów offsetowych w Polsce wygląda obiecująco, choć trwający na rynkach finansowych kryzys niewątpliwie odcisnie piętno na liczbie zawieranych umów. Ministerstwo Gospodarki zauważa, że konieczne jest wprowadzenie rozwiązań, które usprawnią proces zawierania nowych umów offsetowych⁴⁴ i w tym celu proponuje pewne zmiany.

Polegają one na umocnieniu pozycji negocjacyjnej Ministra Gospodarki, doprecyzowaniu instytucji przyrzeczenia offsetowego⁴⁵ oraz wprowadzeniu mechanizmu rekompensaty przemysłowej. Zwłaszcza ta ostatnia możliwość wydaje się interesująca, również z prawnego punktu widzenia. Polega ona na tym, że Polska jako uczestnik programów związanych z obronnością i bezpieczeństwem międzynarodowym będzie mogła ubiegać się o zwrot kosztów poniesionych z tytułu uczestnictwa w tych programach. Jej szczegółowa analiza wymaga jednak konkretnych przepisów prawnych.

Postulowane jest także ponowne określenie wysokości odszkodowania w samej ustawie. Obecnie kwestię tę reguluje art. 19, którego ust. 2 pozostawia swobodę stron do określenia wysokości odszkodowania każdorazowo w konkretnej umowie offsetowej. Propozycja zakłada, aby za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania offsetowego przysługiwało odszkodowanie równe wartości zobowiązania. Regulacja ta na pewno wzmoże ochronę realizacji zobowiązań offsetowych, co może przyczynić się do wyeliminowania jednego z głównych zarzutów stawianych umowom offsetowym, jednakże z drugiej strony jest ograniczeniem swobody kontraktowania.

Zaleca się także wprowadzenie mechanizmów, które w większym stopniu będą motywować i zachęcać zagranicznych dostawców do korzystania z propozycji zgłaszanych do katalogu potrzeb offsetowych, o którym mowa w dodanym w nowelizacji z 2007 roku⁴⁶ art. 6a ustawy.

Umowy offsetowe, twór o bardzo ciekawym charakterze prawnym, niewątpliwie powinny być sukcesywnie rozwijane, jednakże przy zachowaniu należytej kontroli nad ich realizacją.

⁴³ E. Surowiecka, *Doświadczenia z monitorowania realizacji Zobowiązań Offsetowych w zawartych Umowach Offsetowych*, prezentacja multimedialna przygotowana na seminarium informacyjno-dyskusyjne „Doświadczenia i wnioski z monitorowania Umów Offsetowych i ich wpływ na strategię dla polskiego offsetu”, Warszawa 2008, cyt. za: <http://www.mg.gov.pl/Gospodarka/Offset/Targi+konferencje/> i podane tam linki.

⁴⁴ *MG przygotowuje zmiany w ustawie offsetowej*, <http://www.mg.gov.pl/Wiadomosci/Offset+i+obronnosc/MG+przygotowuje+zmiany+w+ustawie+offsetowej.htm>.

⁴⁵ Polega na włączaniu propozycji zobowiązania offsetowego do umowy offsetowej, która zostanie zawarta w przyszłości.

⁴⁶ Dz.U. z 2006 r., Nr 251, poz. 1845.

Charakterystyka subkultury *hackerów* jako kluczowego elementu cyberprzestępczości

Geneza subkultury i ogólna charakterystyka środowiska

Początki sieci internetowej nie wróżyły tak dynamicznego jak obecnie rozwoju: tego typu łącznością zainteresowały się pierwotnie jedynie znaczące korporacje i instytucje międzynarodowe. Przodkiem dzisiejszej sieci internetowej był ARPANET (**A**dvanced **R**esearch **P**rojects **A**gency **N**etwork), który powstał jako eksperyment techniki umożliwiający połączenia. Projekt zainicjował Pentagon, zwołując w roku 1967 konferencję na temat możliwości łączności na wypadek wojny nuklearnej. Z początkiem lat 70. powołano specjalny sztab ludzi, w skład którego wchodził pracownicy naukowcy i studenci amerykańskich uniwersytetów. Zespół ten stworzył podstawę struktury Internetu – model TCP/IP². Imiennie zasługę stworzenia Internetu można by przypisać Vintonowi Gray'owi Cerfowi³, który odegrał kluczową rolę w tworzeniu tego modelu, oraz doktorowi Josephowi Carlowi Robertowi Lickliderowi, który był odpowiedzialny w ARPANECIE za początki budowy cyberprzestrzeni, kierując projektem rozwoju technologii komputerowych; jednakże należy pamiętać, że sieć internetowa miała wielu pionierów, gdyż powstawała przez wiele lat, zanim osiągnęła obecny kształt. Internet szybko stał się magnesem dla osób ambitnych: spora część młodych ludzi od razu dostrzegła ogromny potencjał związany z nowym wynalazkiem i zainteresowała się metodami tworzenia witryn, zabezpieczeniami, grafiką komputerową oraz mechanizmami działania całości systemu oraz łączy.

Dynamiczny rozwój technologii oraz komunikacji komputerowej przyniósł gwałtowny wzrost usług świadczonych za pomocą Internetu. Skutkiem rosnącego poziomu wydajności i jakości łączy przesyłu danych stał się widoczny wzrost liczby użytkowników sieci, w tym szerokiej grupy przedsiębiorców, którzy w coraz większym stopniu upatrują tu istotne pole działań w zakresie funkcjonowania rynku sprzedaży, a także reklamy. Taki

¹ Autor jest studentem III roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego i członkiem Sekcji Kryminalistyki Towarzystwa Biblioteki Słuchaczów Prawa.

² D. Littlejohn Shinder, E. Tittel, *Cyberprzestępczość*, Gliwice 2004, s. 75

³ Informacje pochodzą ze strony internetowej <http://www.ibiblio.org/pioneers/cerf.html>.

kierunek rozwoju wiąże się nieuchronnie z zainteresowaniem przestępczego świata, który postrzega Internet jako rynek złożony z dwóch półkul. Na jednej z nich funkcjonuje handel zabronionymi przez prawo dobrami, na drugiej zaś znajduje się rynek dóbr legalnych. Ta druga półkula jest z kolei dla cyberprzestępców zbiorem potencjalnych celów, których zaatakowanie i ewentualne przejęcie może przynieść określone korzyści. Warto w tym miejscu przytoczyć definicję cyberprzestępstwa według wykładni ONZ, która wydaje się najbardziej odpowiednia, by zrozumieć zakres zjawiska. Jeśli chodzi o wąskie znaczenie, jest to „wszelkie nielegalne działanie wykonywane w postaci operacji elektronicznych, wymierzone przeciw bezpieczeństwu systemów komputerowych i procesowanych przez te systemy danych”. Szerokie ujęcie definiuje cyberprzestępstwo jako „wszelkie nielegalne działanie popełnione za pomocą lub dotyczące systemów lub sieci komputerowych, włączając w to między innymi nielegalne posiadanie i udostępnianie lub rozpowszechnianie informacji przy użyciu systemów lub sieci komputerowych”¹. Na potrzeby tego opracowania wyłączyć trzeba przestępstwa klasyczne, które mogą być popełniane bez użycia komputera, a w których sieć odgrywa jedynie rolę sposobu komunikacji przestępców lub pełni funkcję miejsca handlu zakazanymi dobrami. Skoncentruję się jedynie na analizie typowych przestępstw komputerowych popełnianych przez ludzi o określonych umiejętnościach informatycznych, czyli *hackerów*, których środowisko do dnia dzisiejszego stanowi istotny element funkcjonowania sieci. Chcąc efektywnie zapobiegać negatywnemu oddziaływaniu zjawiska *hackingu*, trzeba spojrzeć przekrojowo na tę subkulturę, dostrzec niepokojące elementy i umiejętnie je rozpracować, co ułatwi dokładna analiza grup cyberprzestępczych oraz motywów i metodyki działalności włamywaczy.

Nazwa *hacker* wywodzi się od słowa *hack*, którego powszechnie używa się w znaczeniu „rąbać”, ale które występuje także w żargonie studentów Uniwersytetu w Massachusetts i oznacza tyle, co „poprawiać”². Opinia publiczna przeważnie utożsamia *hackerów* z pierwszym znaczeniem wyrazu, bowiem odnosi je do działań grupy, która przełamuje zabezpieczenia i włamuje się na konta bądź serwery chronione, tymczasem w pewnym stopniu właściwa jest także druga opcja, która oddaje istotę jasnej strony działalności tego specyficznego środowiska użytkowników. Włamywacze komputerowi są jednym z dobrych przykładów zamkniętej grupy ludzi, która wedle swoich zadań i celów, kierując się odmiennymi wartościami, wyróżnia się spośród pozostałej części społeczeństwa. Według klasyfikacji Franka Hagana określiłbym całość tej grupy jako częściowo zorganizowany syndykat przestępczy³. Nie możemy bowiem wyróżnić ścisłej hierarchii wewnętrznej, zauważyć można natomiast skoordynowane i spójne działania grup składowych środowiska, które mają jasno sprecyzowane cele. Schemat organizacyjny odpowiada w zasadzie również strukturze siatkowej zorganizowanej grupy przestępczej, którą obok układu gwiazdowego i liniowego wyróżnia Andrzej Gaberle⁴. Wyjątek stanowi podgrupa *hackerów* zajmujących się *phishingiem*. Działalność subkultury *hackingu* może mieć zarówno charakter intelektualnej

¹ D. Littlejohn Shinder, E. Tittel *Cyberprzestępczość*, Gliwice 2004, s. 35

² Zob. <http://helionica.pl/index.php/Haker>.

³ A. Michalska-Warias, *Przestępczość zorganizowana i prawnokarne formy jej przeciwdziałania*, Lublin 2006, s. 36.

⁴ T. Hanausek, *Kryminalistyka – zarys wykładu*, Kraków 2005, s. 286.

zabawy, swoiście pojmowanego sportu nastawionego na wynajdywanie luk komputerowych w systemach zabezpieczeń, może też mieć znamiona aktywności przestępczej w formie bezpośredniej, jak ataki na określone cele, bądź pośredniej, jako umożliwianie popełnienia innych przestępstw – głównie piractwa. To, co łączy wszystkich *hackerów*, to przekonanie o tym, że nie ma takich informacji na świecie, których nie mogliby oni zdobyć. Wiąże się to z celebrowaniem wolności jako wartości gwarantującej nieograniczoną i niekomercyjną swobodę pozyskiwania dóbr (w tym informacji)⁵. Poprzez działalność w cyberprzestrzeni próbują manifestować swoje poglądy. *Hackerzy* są najczęściej osobami wykształconymi i niezwykle ambitnymi, o czym świadczy doskonała znajomość zarówno teoretycznej, jak i praktycznej wiedzy informatycznej. *Hacker* jest jednak nie tylko ekspertem komputerowym, ale także doskonałym socjotechnikiem i człowiekiem o rozległej wiedzy z zakresu psychologii i innych dziedzin pokrewnych socjologii. Jak przyznają ludzie z tego środowiska, wielką rolę odgrywa odpowiednia rozmowa z ofiarami, bowiem często to one same podają istotne wskazówki i ważne dla *hackerów* informacje. Sztuczki psychologiczne w połączeniu z odpowiednimi trickami pozwalają bez użycia komputera wydobyć najbardziej strzeżone hasła oraz dane.

Podział ze względu na kryterium etyczne⁶

Wśród *hackerów* możemy dokonywać różnych podziałów, z których najważniejsze dotyczą etyki, motywów i metod działania. Przejdźmy więc do pierwszego, najpopularniejszego podziału. Możemy wyróżnić tutaj trzy grupy. Pierwszą stanowią tzw. *white hats*⁷, czyli „białe kapelusze”, *hackerzy*, którzy zajmują się testowaniem zabezpieczeń i legalną pracą dla różnego rodzaju firm, organizacji i instytucji. Zawsze działają na rzecz poprawy bezpieczeństwa i rozwoju podmiotów. Pracują przeważnie w gigantycznych firmach o rozbudowanym dziale komputerowym i z działalnością internetową, pełnią rolę specjalistów od zabezpieczeń, pracują nad udoskonaleniem systemów i poprawą wydajności efektywności działania. *White hats* angażują się także w działania organów ścigania i wywiadu państwowego. Odgrywają istotną rolę w poszukiwaniu możliwości dostępu do najbardziej strzeżonych i niedostępnych informacji w Internecie. Kolejną grupą są tzw. *grey hats*, co tłumaczymy jako „szare kapelusze”. *Hackerzy* przynależący do tej grupy zajmują się poszukiwaniem i pozyskiwaniem danych. Próbują udowodnić społeczeństwu, że są w stanie znaleźć w Internecie bądź na żywo każdą informację. Są przekonani o tym, że dzięki własnym umiejętnościom, ogromnej wiedzy i znajomości socjotechniki mogą kontrolować dosłownie wszystko. Wykorzystują działania zarówno legalne, jak też zabronione przez prawo, z tego względu należy ich umieścić pośrodku. Ostatnią z grup są „czarne kapelusze”, czyli *black hats*. Powszechna opinia określa ich jako „tych złych”. Celem, który sobie stawiają, jest ukraść dane, zniszczyć wroga oraz zdewastować zawartość komputera danej osoby.

⁵ Informacje pochodzą z wywiadu środowiskowego przeprowadzonego przez autora wśród czterech *hackerów* krakowskiej grupy Phoenix; rozmówcy chcieli pozostać anonimowi.

⁶ Jak wyżej.

⁷ Podział ze względu na kolor kapeluszy wywodzi się ze starych westernów, w których bohaterowie pozytywni nosili jasne kapelusze, natomiast czarne charaktery ubierały ciemne.

Podział ze względu na motyw działania

Podział przy uwzględnieniu kryterium motywu działań jest nieco bardziej rozbudowany i zdarza się, że poszczególne jego gałęzie nachodzą na siebie, przez co nie jest on rozłączny, jak ma to miejsce w przypadku poprzedniego podziału. Na płaszczyźnie motywów możemy wyróżnić *hackerów* ciekawskich, chciwych, żądnych sławy, złośliwych, pomocnych (co nie zawsze oznacza działania zgodne z prawem, o czym szerzej w dalszej części rozdziału) oraz legalnych. Zdecydowałem się na wyodrębnienie tych kategorii, gdyż to one wyczerpują uniwersum. Przejdę teraz do krótkiej charakterystyki kolejnych kategorii.

Hackerzy ciekawscy to osoby ambitne, ceniące sobie umiejętność zdobycia każdej informacji. Nie lubią, gdy informacje na stronach są owiane tajemnicą, zamaskowane czy też dobrze zabezpieczone. Z tego też powodu celem ich ataków stają się często portale społecznościowe obfitujące w ogrom informacji o osobach prywatnych, a także strony internetowe firm, instytucji rządowych, organów politycznych i wojskowych. *Hackerzy* z tej grupy włamują się do miejsc uznawanych za niedostępne i przeważnie ograniczają się do pozyskania danych informacji, nie wyrządzając przy tym szkód administratorom. Tak postąpił na przykład Ehud Tenenbaum⁸, izraelski *hacker* o pseudonimie *Analyzer*, który uzyskał dostęp do ponad 1000 serwerów wojskowych, w tym do sieci Pentagonu, nie niszcząc przy okazji danych, co więcej, nawet ich nie wykorzystywał. *Hackerzy* ciekawscy pragną pogłębiać wiedzę o zabezpieczeniach i choć czynią to w sposób często niezgodny z prawem, to jednak ich działalność nie jest nastawiona na destrukcję, można więc zaliczyć ich do *grey hats*. W pewien sposób przyczyniają się do rozwoju zabezpieczeń, gdyż zazwyczaj zostawiają informację o dziurze w zabezpieczeniach, która pozwoliła im na włamanie.

Grupa *hackerów* chciwych jest najbardziej elitarną w środowisku włamywaczy komputerowych, a równocześnie jedną z najniebezpieczniejszych. Jej działalność koncentruje się wokół pozyskiwania korzyści, najczęściej majątkowych, i przybiera różne formy. Część *hackerów* chciwych zainteresowana jest wykradaniem drogiego oprogramowania i rozpowszechnianiem go przed oficjalną premierą na rynku, zarabiając przy tym ogromne sumy. Inni *hackerzy* skupiają się na manipulacjach w różnych konkursach z nagrodami, gdzie włamując się do systemu losowania i przydzielania nagród, próbują oszukać go, nakierowując na swoje konto i zwiększając swoje szanse na wygraną nawet do stu procent. Ilustrację stanowi przykład Kevina Paulsena, który dwa razy wygrał samochód Porsche 944 w konkursie radiowym dla słuchaczy stacji KIIS-FM w Los Angeles. Zwycięstwo w konkursie było możliwe dzięki zablokowaniu centrali telefonicznej w ten sposób, że tylko Paulsen mógł się dodzwonić do radia⁹. *Hackerzy* telekomunikacyjni z kolei oszukują firmy bądź użytkowników, prowadząc na ich koszt rozmowy i korzystając za darmo z usług oferowanych przez operatorów, co powoduje znaczne straty. Obiektem zainteresowania *hackerów* zachłannych stają się również numery kart kredytowych i wirtualne sklepy internetowe, które przeważnie nie sprawdzają danych na karcie kupującego.

⁸ <http://www.i-slownik.pl/1,1442,tenenbaum,ehud.html>.

⁹ Ł. Gawrych, *Hierarchia wartości w środowisku hackerów*, praca licencjacka, Warszawa 2008, s. 17.

O metodach włudzenia danych do kart i kont w kolejnym rozdziale. Zagrożeniem niosącym największe straty ze strony chciwych *hackerów* są włamania do kont bankowych i bankomatów. Choć ich liczba jest niewielka ze względu na skuteczne zabezpieczenia, nadal zdarzają się spektakularne kradzieże dużych kwot. Na początku wspomniałem, że grupa włamywaczy nastawiona na czerpanie korzyści majątkowych jest najbardziej elitarna w środowisku. Ma to związek ze stopniem trudności wosiągnięciu celu. *Hackerzy* bankowi muszą być bardzo przebiegli i pomysłowi oraz obdarzeni wielką inteligencją, by oszukać czujne systemy i ostrożnych administratorów.

Hackerzy żądni sławy stanowią z kolei grupę najszerszą, o czym świadczy dominujący udział popularnych stron internetowych w zbiorze celów ataków. Są to ludzie, którzy często chcą zabłysnąć umiejętnościami, zostać docenieni w środowisku, uzyskać prestiż jako osoby utalentowane informatycznie, chcą też zwrócić uwagę potencjalnych pracodawców, bowiem często zdarza się, że różne instytucje i firmy są zainteresowane pozyskaniem speców od zabezpieczeń. Warto wymienić tutaj przykład Kevina Mitnicka¹⁰ znanego w sieci jako Kondor, *hackera*-wynałazcy, który po odbyciu wyroku założył Mitnick Security Consulting – jedną z najbardziej uznanych firm w zakresie ochrony różnych korporacji i agencji przed włamywaczami oraz intruzami.

Przedstawiciele *hackerów* złośliwych stosują najczęściej metody czarnych kapeluszy i nie zwracają uwagi na jakiegokolwiek założenia etyki. Kierując się chęcią dominacji, skłonności do destrukcji oraz zemstą i złością wynikającą z prywatnych konfliktów z różnymi osobami, włamują się do cudzych komputerów, aby niszczyć dane, przejmować kontrolę nad komputerem ofiary, modyfikować i kopiować istniejące pliki. Przeważnie pozostawiają ostrzeżenia dla właścicieli komputerów zawierające często groźby i obraźliwe lub wulgarne teksty. Przykład może stanowić działająca w Polsce pod koniec lat 90. ubiegłego wieku grupa Gumisie¹¹, która dokonywała włamań na strony popularnych firm z różnych dziedzin.

Hackerów pomocnych charakteryzuje działalność, która w ich przekonaniu ma ułatwić użytkownikom dostęp do informacji i dóbr zgromadzonych w Internecie. Z reguły jednak podjęte przez nich działania naruszają interes innych jednostek czy też instytucji. Przykładem jest włamywanie się na strony zawierające materiały płatne w celu udostępnienia zawartości innym użytkownikom za darmo lub wykradanie filmów, gier, muzyki i programów oraz łamanie ich haseł i wrzucanie na serwery sieci wymiany plików P2P¹², serwisy torrentowe¹³ czy serwery gromadzenia zbiorów. Uzasadnieniem takiego postępowania jest

¹⁰ Kevin Mitnick (ur. 1963, Kalifornia) – najbardziej rozpoznawalny hacker na świecie. Autor *Sztuki podstępny* oraz *Sztuki infiltracji*. Socjotechnik. Obecnie związany z działalnością na rzecz poprawy bezpieczeństwa komputerowego (za: http://pl.wikipedia.org/wiki/Kevin_Mitnick).

¹¹ Grupa Gumisie była szczególnie aktywna pod koniec lat 90. ubiegłego wieku i specjalizowała się w atakach na strony i serwery TP SA, podmieniając strony oryginalne na własne, zawierające wulgarne lub żartobliwe protesty przeciw polityce cenowej firmy. Przywódcami grupy byli hackerzy sygnujący się jako Toudi i Księciunio (nazwy zaczerpnięte z telewizyjnej bajki *Gumisie*).

¹² Peer-to-peer = sieć wymiany plików między użytkownikami, bardzo popularna do przesyłania plików muzycznych i filmowych pochodzących z nielegalnych źródeł lub przy naruszeniu praw autorskich.

¹³ Sieć wymiany plików między użytkownikami, którzy pobierają i udostępniają nawzajem pliki.

wysoka pozycja wolności w hierarchii wartości tego środowiska. Do tej grupy zalicza się tzw. *crackerów*, którzy bywają także *hackerami* złośliwymi. Stawiają sobie oni za zadanie takie obejście zabezpieczeń konkretnych programów, by działały one prawidłowo, potem zaś wystawiają je na czarnym rynku, udostępniając przy okazji kody i klucze pozwalające na swobodne i darmowe korzystanie z programów.

Ostatnią z wyróżnionych grup *hackerów* jest marginalizowana nieco przez resztę, jednak darzona szacunkiem, grupa *hackerów* legalnych wywodząca się z *white hats*, której działania są w pełni zgodne z prawem i mają na celu poprawę bezpieczeństwa w sieci oraz pracę nad rozwojem sieci internetowej, pod względem zarówno technicznym, jak też funkcjonalności. Ludzie z tej grupy dobrze znają mechanizmy sieci i mają duże umiejętności. Głównie są wynalazcami i programistami. Nierzadko pracują z policją i w działach informatycznych wielu firm; są dobrze opłacani za to, że testują zabezpieczenia i tworzą nowe bariery dla intruzów. Część *hackerów* legalnych jest tzw. nawróconymi, co oznacza, że dawniej mieli do czynienia z ciemną stroną *hackingu*, jednakże porzucili ją na rzecz legalnych działań. Wśród tej grupy istnieje sporo *hackerów*, którzy są też obrońcami moralności i zajmują się oczyszczaniem sieci z treści amoralnych i antyspołecznych.

Wymienione przeze mnie grupy tworzą spójne wypełnienie uniwersum, jednakże należy pamiętać, że podział ze względu na motywy nie jest rozłączny. Poszczególne jego elementy często zazębiają się i nachodzą na siebie, dodatkowo korelując z wcześniejszym podziałem ze względu na stopień etyczności działań co prowadzi do licznych kombinacji różnych typów *hackerów*.

System wartości w środowisku hackerów¹⁴

Tak jak w każdej grupie społecznej, tak i w środowisku *hackerów* komputerowych odnaleźć można wspólny dla grupy system wartości, który jest wyznawany przez wszystkich niezależnie od stopnia etyki podejmowanych działań. Środowisko *hackerów* jest środowiskiem wtórnym, bowiem pochodzą oni z różnych grup społecznych, wyznają różne poglądy i wiarę, są zróżnicowani pod względem etnicznym oraz kulturowym. Wielu *hackerów* prowadzi dwa style życia, z których jeden podporządkowany jest grupom społecznym pierwotnym, drugi zaś jest życiem w sieci internetowej. Stosunkowo niewielka część podporządkowała swoje życie *hackingowi*, lekceważąc rzeczywistość i prawdziwe życie. Skrętnie jednak ukrywają oni swoje zainteresowania, unikają chwalenia się swymi umiejętnościami. *Hacker* nie ma przypisanego określonego stylu ubioru, zachowania czy światopoglądu. Ludzie mają różne wyobrażenia o typowych *hackerach*, jednakże z reguły nie mają one odbicia w rzeczywistości. Stereotypowe wyobrażenie *hackera* jawi się w osobie drobnego, zamkniętego w sobie okularnika, studenta prestiżowej uczelni technicznej, który całe dnie spędza przed komputerem, zapominając o życiu religijnym i społecznym. Tymczasem *hackerzy* są osobami w różnym wieku, niekoniecznie płci męskiej, raczej mocno angażują się i spełniają

¹⁴ Informacje pochodzące z wywiadu środowiskowego wśród grupy czterech *hackerów* krakowskiej grupy Phoenix chcących pozostać anonimowymi i obserwacji grup *hackerów* w Internecie (fora internetowe, zamieszczane przez *hackerów* manifesty na przejętych stronach itd.).

na różnych płaszczyznach życiowych, ich wykształcenie niekoniecznie jest techniczne, gdyż część *hackerów* indywidualnie rozwija wiedzę informatyczną a dla oderwania wybrali kierunek studiów humanistyczny bądź związany z przedmiotami przyrodniczymi (albo też zainteresowanie komputerami pojawiło się później), są ludźmi rodzinnymi, nierzadko też wyznają jakąś wiarę¹⁵.

Najbardziej cenionym aksjomatem wśród włamywaczy komputerowych jest wolność. Przejawia się ona w trzech wymiarach, o czym wspomina badacz *hackingu* Manuel Castells¹⁶. Jest to wolność tworzenia, wolność w dostępie do wiedzy oraz wolność form dzielenia się wiedzą. *Hackerzy* interpretują pojęcie wolności w sposób bardzo szeroki, dając tym samym uzasadnienie dla swoich ataków. Usprawiedliwienie dotyczy swobody uzyskania każdej informacji i dostępu do każdego miejsca w sieci. Piractwo komputerowe wynika także ze specyficznego pojmowania wolności jako bezpłatnego korzystania z wszelkich dóbr, które można uzyskać w Internecie. Część „białych kapeluszy” zaangażowała się w ruchy *free software* i *open source*, które propagują wolne oprogramowanie. Przedstawicielem tego poglądu jest Linus Torvalds¹⁷, twórca jądra Linux, bezpłatnego systemu operacyjnego. Według założeń wolnego oprogramowania (FLOSS) system ten użytkownicy mogą dowolnie wykorzystywać, modyfikować i rozpowszechniać. *Hackerzy* pragną walczyć o prawo jednostki do nieograniczonego dostępu do danych, dążą do tego, by uznano dobra dostępne w Internecie za własność ogółu. Sprzeciwiają się też inwigilacji społeczeństwa w sieci, chcą rozszerzenia prawa do prywatności, którego według nich nie przestrzegają i nie szanują różne korporacje i instytucje.

Włamywacze komputerowi poza wolnością bardzo cenią prestiż i uznanie w środowisku, do czego dążą, wybierając coraz trudniejsze cele ataków bądź też tworząc coraz doskonalsze techniki włamań i narzędzia służące atakom. Spektakularna akcja wraz z zatarciem możliwości wszystkich śladów pozwala na wzrost pozycji w grupie *hackerów*, co dalej prowadzi do objęcia przywództwa w kolejnych atakach. Prestiż w środowisku *hackerskim* oznacza nie tylko szacunek kolegów, ale też możliwość znalezienia dobrej pracy w przyszłości, bowiem rynkowi giganci w każdej dziedzinie poszukują i rekrutują specjalistów w działach informatycznych często po odpowiednim rozpoznaniu w świecie internetowych podbojów.

Hackerzy cenią umiejętności i samodzielność. *Hacker* powinien być pomysłowy, bo umiejętności informatyczne nie zawsze gwarantują uzyskanie interesujących danych. Gdy jakaś osoba dokonuje włamania przy pomocy własnoręcznie napisanych programów, zasługuje na wyższy szacunek. Środowisko nie lubi zjawiska tzw. *script-kiddies*, czyli niedoświadczonych początkujących osób, które by uzyskać dostęp do różnych miejsc czy też pozyskać interesujące informacje, używają jedynie aplikacji napisanych przez innych, nie rozumiejąc przy tym podstawowych zasad i założeń danego programu. Ważną rolę w profesji

¹⁵ Obserwacja polskiej sceny *hackingu*, grup Phoenix, Desperados, Fiery Eye, United Brothers (nazwy podane przez członków) oraz innych grup, których nazwy pozostają do wiadomości autora, ze względu na wolę anonimowości członków oraz ich obawy dotyczące utraty zaufania w środowisku i możliwości odpowiedzialności prawnej.

¹⁶ M. Castells, *Information Age Trilogy: The Rise of the Network Society*, Oxford 1996 oraz informacje z: [http://pl.wikipedia.org/wiki/Haker_\(slang_komputerowy\)](http://pl.wikipedia.org/wiki/Haker_(slang_komputerowy)).

¹⁷ http://pl.wikipedia.org/wiki/Linus_Torvalds.

hackera odgrywa socjotechnika i *social engineering*¹⁸. Jak Kevin Mitnick wspominał w swojej książce *Sztuka infiltracji*, większość haseł jest pozyskiwana przez *hackerów* dzięki umiejętnej i sprytniej rozmowie, w trakcie której ofiara dobrowolnie podaje interesującą informację bądź wskazówkę do jej uzyskania. *Hackerzy* według Mitnicka częściej łamią nie hasła, a ludzi, którzy udostępniają informacje i różne dane.¹⁹

W sieci internetowej łatwo można znaleźć żartobliwą twórczość ludzi utożsamiających się ze środowiskiem *hackerów*, która w znacznej części odzwierciedla jednak zasady grupy i podejście do *hackingu*. Przykład stanowi tzw. dekalog *hackera*²⁰:

Dekalog hackera

Zasada podstawowa: Dobry *hacker* może wszystko.

1. Każde zabezpieczenie można złamać.
2. Włam się tam, gdzie jeszcze nikt się nie włamał.
3. Informacja chce być wolna.
4. Wina jest zawsze po stronie admina.
5. W sieci wszyscy są równi.
6. Jeśli nie możesz złamać hasła – po prostu o nie zapytaj.
7. Bądź nieprzewidywalny.
8. Hacker nie potrzebuje spać.
9. Hackera może złapać tylko inny hacker.
10. Kto ma władzę nad komputerem, ten ma władzę nad wszystkim (nad ludźmi, informacjami i światem).

Analizując poszczególne przykazania *hackerów*, możemy dostrzec specyfikę tego środowiska: każda z zasad ma sens, pomimo że niektóre wydają się wręcz absurdalne. Jakie informacje chcą nam przekazać o sobie twórcy dekalogu?

Pierwsze przykazanie wraz z zasadą podstawową stanowią potwierdzenie wiary w nieograniczone możliwości ludzi posiadających odpowiednie umiejętności i wiedzę oraz przekonanie, że nie istnieje tzw. zabezpieczenie idealne, które sprostłoby wszystkim możliwym zagrożeniom.

Druga zasada promuje oryginalność w środowisku, stawiając przed adeptami sztuki *hackerkiej* ambitne i trudne, a przede wszystkim nowe cele ataków. Ma za zadanie motywować członków środowiska do rozwijania umiejętności.

Trzecie przykazanie stanowi odzwierciedlenie pojmowania w środowisku istoty wolności (*vide* wolność w dostępie do wiedzy wyróżniona przez prof. Castellsa). *Hackerzy* powinni dbać o to, by ogół użytkowników sieci miał dostęp do informacji jako własności ogółu.

Czwarta reguła stanowi usprawiedliwienie działań *hackerów*. Środowisko próbuje tłumaczyć, że to niekompetentni administratorzy sieci i niewłaściwie postawione zabezpieczenia

¹⁸ Inżynieria społeczna – termin powiązany z socjotechniką i społeczno-psychologicznym oddziaływaniem na ludzi w celu wpłynięcia na ich zachowanie.

¹⁹ K.D. Mitnick, W.L. Simon, *Sztuka infiltracji*, Warszawa 2006, s. 260–285.

²⁰ Dekalog *hackera* można znaleźć np. na: <http://forum.pclab.pl/index.php?showtopic=136181>. Popularna jest też wersja audio w formie utworu anonimowego wykonawcy.

winni są atakom, gdyż z jednej strony stanowią ich potencjalny cel, z drugiej zaś pozwalają na włamanie, bo gdyby były kompletne i rzetelnie skonstruowane, to być może zdołałyby uchronić przed danym *hackerem* zabezpieczone dobro.

Piąta zasada wyraża pogląd *hackerów* o funkcjonowaniu sieci internetowej. Według nich, wszyscy użytkownicy są równi, każdy, kto ma dostęp do Internetu, ma takie same możliwości i taki sam dostęp do dóbr jak inni. Niezależnie, czy mamy do czynienia z gigantycznym przedsiębiorstwem, czy też z prywatnym internautą – mają oni takie same prawa do egzystencji w sieci oraz korzystania z informacji i dóbr.

Szósta wytyczna podkreśla istotną rolę socjotechniki w działaniach *hackerów*. Atak socjotechniczny, według magazynu „*hacking.pl*”, to „kierowanie rozmową przy wykorzystaniu uczuć, wiedzy i aspiracji interlokutora przeciwko niemu samemu, co w efekcie prowadzi do jego skrzywdzenia, naruszenia prywatności lub zaszkodzenia organizacji, w której pracuje”. Dzięki odpowiedniej rozmowie często można uzyskać interesujące informacje albo chociaż wskazówki, które w jakiś sposób naprowadzają na osiągnięcie celu. Potwierdzają to badania socjologów i administratorów sieci na temat haseł używanych w Internecie, gdzie znaczna część użytkowników tworzy hasło dostępu złożone z imion bliskich osób, dat ważnych chwil w życiu, przezwisk, ulubionych liczb bądź skojarzeń. Takie informacje bardzo łatwo pozyskać może każdy z nas, a co dopiero wprawiony w socjotechnicznej sztuce włamywacz komputerowy²¹.

Siódme przykazanie to wskazówka doświadczonych *hackerów*. Informują oni, że warto szukać trudniejszej drogi dostępu, mniej przewidywalnej, bo przyniesie ona lepsze efekty. Początkowi cyberprzestępcy idą po linii najmniejszego oporu – szukają najprostszej, najpopularniejszej drogi, co bywa zgubne, bo wpadają w pułapki policji lub nie realizują celu, gdyż zostawiają ślady włamania, przez co mogą zostać odkryci przez administratorów. Wybierając zaś zaawansowaną technikę włamania, zmniejszają szanse na wykrycie i równocześnie zwiększają prawdopodobieństwo powodzenia.

Ósma zasada jest żartobliwym ujęciem kwestii pory ataku. Najlepiej bowiem dokonywać ataków w nocy, kiedy sieć i miejsce włamania nie są tak strzeżone, monitorowane na bieżąco przez administratorów jak za dnia. W nocy pozostaje więcej czasu na sprawne działania i dokładne zatarcie śladów. Przestępstwo zostaje wykryte później, gdy pracownicy działu informatycznego przychodzą do biura, a do tego czasu *hacker* jest już daleko. Taką sytuację można porównać do działań pająków w przyrodzie, które zastawiają sieci wieczorem, nocą łapią w nie swoje ofiary, ale rano sieć zostaje naprawiona i czysta czeka na następną ofiarę, która nie domysli się nawet, że przez noc działo się coś niepokojącego.

Dziewiąta reguła stanowi z jednej strony usprawiedliwienie w razie niepowodzenia dla *hackera* środowiska, a z drugiej to hołd dla ludzi, którzy wykrywają i przyłapują *hackerów*. Włamywacz komputerowy nie może pozwolić sobie na to, by jego działania zostały wykryte przez laika. Uważa, że tylko wybitne osoby obdarzone równie wysokimi umiejętnościami jak on, mogą przyłapać go na włamaniu, inaczej utraciłby reputację w oczach kolegów ze środowiska. Zostałby uznany za lamera, amatora, który nie zasługuje na tytuł *hackera*.

²¹ R. Podsiadły, *Ataki socjotechniczne*, „*Haking.pl*” 2008, nr 12, s. 28–33.

Ostatnia, dziesiąta wytyczna, jest kwintesencją ogółu poglądów cyberprzestępców. Ten, kto zdoła pojąć całą magię komputera, różne sztuczki, języki programowania, programy, zasady funkcjonowania sieci i wszystkie te elementy, które składają się na wiedzę komputerową, ten ma nieograniczone możliwości ich wykorzystania.

Dekalog ten jest w pewnym sensie pomnikiem kultury. Przez swoją popularność i trwałość zawsze będzie stanowił cenne źródło wiedzy o tym środowisku oraz o profesji *hackerów*.

Metody i techniki włamań

Cyberprzestępcy, będąc grupą ambitną i pomysłową, wypracowali do tej pory wiele różnorodnych technik włamań, które sukcesywnie dopracowują i ulepszają. Programy wykorzystywane przez włamywaczy potrafią między innymi zmylić innych użytkowników, zapewnić kontrolę nad komputerem ofiary, podsłuchać lub przechwycić istotne informacje, powodować straty i zniszczenia. Środowisko *hackerów* musimy połączyć ze względu na podobne metody działań razem z innymi zjawiskami, jak *cracking*, *phreaking* i *sniffing*, chociaż nie jest to do końca poprawne powiązanie, gdyż część działań nie jest uznawana przez włamywaczy komputerowych za typowe i właściwe *hackerom*.

Zanim *hacking* uzyskał aktualną postać, którą charakteryzują włamania do sieci komputerowej, przeszedł długi proces formowania, podczas którego zmieniały się zarówno metody działań, jak i cele. Najwcześniej, bo już na początku lat 70. XX wieku, wykształciła się dziedzina *phreakingu*. Termin ten oznacza łamanie zabezpieczeń sieci telefonicznych i kojarzy się z przaprzodkiem *hackerów* Johnem Draperem, o finezyjnym pseudonimie Captain Crunch. Człowiek ten użył znalezionej w paczce chipsów gwizdka, który emitował dźwięki o częstotliwości 2600 Hz, do wykonywania darmowych rozmów telefonicznych²². Grupy *phreakerów* zajmują się obecnie nie tylko wykonywaniem darmowych połączeń. Szerokie znaczenie ujmuje całokształt włamań telekomunikacyjnych, w tym także działalność zmierzającą do podsłuchu rozmów.

Phreaking pośrednio można więc łączyć ze *sniffingiem*, czyli działaniami nastawionymi na przechwytywanie i analizę danych przesyłanych za pośrednictwem sieci. *Snifferzy* pozyskują w ten sposób poszukiwane dane o celu bądź ofierze, a także prowadzą wywiad środowiskowy dotyczący interesujących informacji. Metoda *sniffingu* bywa wykorzystywana przez FBI jako sposób kontroli podejrzanych osób i grup przestępczych.

Do grupy podsłuchów *sensu largo* zaliczyć można także popularne *keyloggery* oraz oprogramowanie szpiegujące (*spyware*). *Keyloggery* są aplikacjami, które rejestrują każdy użyty na komputerze ofiary znak i zapisują go do oddzielnego pliku, który zostaje przesłany do *hackera*. W ten sposób włamywacze pozyskują najczęściej hasła i dane poufne. *Keyloggery* bywają oddzielnymi programami, ale mogą funkcjonować też jako element konia trojańskiego, który jest najpopularniejszym środkiem używanym zarówno przez początkujących włamywaczy, jak też przez zawodowców. Różnica polega jedynie na tym, że profesjonaliści zazwyczaj korzystają z własnoręcznie stworzonych trojanów, natomiast amatorzy (zwani w środowisku *noobami* bądź *script-kiddies*) używają programów stworzonych wcześniej

²² Ł. Gawrych, *Hierarchia wartości w środowisku hackerów*, op. cit., s. 15.

przez kogoś innego. Obecne trojany są bardzo rozbudowane i pozwalają *hackerowi* na szeroką ingerencję w komputer ofiary, włączając w to możliwość całkowitej kontroli i monitorowania działań. Konie trojańskie są tworzone przy różnych aplikacjach jako zbindowany (dołączony) element i wprowadzane do komputerów za pomocą luki w programie (*bugu*) zwanej też tylnym wejściem (*backdoorem*). Nazwa wywodzi się od analogicznie działającego konia trojańskiego z mitologii greckiej.

Hackerzy wykorzystują oprogramowanie szpiegowskie, by zdobyć informacje dotyczące numerów kont, haseł i rozmaitych cennych informacji o użytkowniku. Metody używane przez nich nie ograniczają się jednak tylko do prostych programów. Zaawansowani włamywacze układają całą strategię, która pozwala im przejąć informacje. Efektywny plan polega nie tylko na właściwym wykonaniu, ale przede wszystkim na odpowiednim przygotowaniu. *Hacker*, o czym wcześniej wspomniałem, najpierw próbuje zgromadzić jak najwięcej wskazówek, co czyni za pomocą socjotechnicznych sztuczek. Ingerencja za pomocą programów zostaje ograniczona tym samym do minimum, co ma wpływ na zmniejszenie ilości pozostawionych śladów bądź całkowite ich zatarcie.

Hackerzy, których zajęciem jest łamanie haseł i zabezpieczeń, są nazywani *crackerami*. Ten odłam zapoczątkował także kontrowersje związane z używaniem pojęcia *hacker*, bowiem media używają tych dwóch terminów zamiennie, co jest błędem. Należy podkreślić, że *crackerzy* należą do *black hats*, a ta grupa z kolei jest jedynie częścią środowiska. *Cracker* posługuje się metodami, które z reguły są niezgodne z prawem. Proces zdobycia hasła w zależności od przyjętej metody jest mniej lub bardziej czasochłonny. Jeżeli włamywacz ograniczy się jedynie do użycia programów wyciągających hasła z aplikacji i łamiących je, trwa to zazwyczaj dość krótko, bowiem zdecydowana większość prywatnych użytkowników i małych przedsiębiorstw nie posiada odpowiednich zabezpieczeń. Ilustrację zagadnienia na poziomie lokalnym może stanowić problem niezabezpieczonych sieci w Krakowie. Programiści z całej Polski, którzy 7 marca 2009 roku zebrali się na konferencji „4 Developers”, wykazali poważne braki odpowiedniej ochrony w krakowskich *hot-spotach*, czyli miejscach udostępniania bezprzewodowego Internetu. Na cztery tysiące przebadanych punktów ponad dwa i pół tysiąca nie spełniło wymogów bezpieczeństwa²³. Rodzi to poważny problem: jeżeli osoba korzystająca z takiej sieci dokona oszustwa na przykład na aukcji internetowej, odpowiedzialność spadnie na właściciela sieci.

Bardziej czasochłonną metodą na zdobycie hasła jest stworzenie odpowiedniego programu. Potrzebna jest tu nie tylko umiejętność programowania, ale także znajomość kryptografii i spora wiedza informatyczna. *Cracker* potrafi także pozyskać dane w bardziej wymyślny sposób. Może przykładowo przeprowadzić najpierw wywiad środowiskowy, poznając otoczenie ofiary i ją samą. W ten sposób uzyskuje wskazówki. Włamywacz może także próbować zdobyć kompromitujące materiały lub inne cenne dla osób dane i użyć ich do wymuszenia hasła bądź do szantaży oraz grózb. Dobrzy socjotechnicy, którym zależy na cenniejszym łupie, potrafią doskonale maskować się i podszywać pod osoby/instytucje obdarzone zaufaniem (wiele osób bardzo chętnie poda wszystkie informacje osobie podającej się za pracownika działu informatycznego, osobę wydelegowaną przez szefa do

²³ P. Tymczak, *Hakerzy z całego świata przyjadą do naszego miasta*, „Dziennik Polski” z 9 marca 2009 roku.

sprawdzenia zabezpieczeń itd.). Takie podszywanie się pod innych użytkowników wiąże się z terminem *phishing* (także *spoofing*). Ten rodzaj ataku polega na wyłudzeniu poufnych danych przy wykorzystaniu kamuflażu. Celem stają się konta bankowe, konkurencyjne firmy na rynku bądź aukcje internetowe. *Hackerzy* posługujący się *phishingiem* starannie przygotowują odpowiednie warunki do uzyskania informacji, tworząc np. ładząco podobne do oryginalnych strony internetowe, używając takiego samego *designu* strony bądź znaków firmowych instytucji, co osłabia czujność niedoświadczonych użytkowników. Wspomniałem wcześniej, że grupa *hackerów* zajmująca się *phishingiem* posiada odmienną strukturę niż ogół środowiska. Według mnie, odłam ten jako jedyny spełnia wszystkie przesłanki wymienione przez Tadeusza Hanauska²⁴ definiującego zorganizowaną przestępczość grupową, która:

- dotyczy wspólnych i skoordynowanych działań grupy (częsta współpraca przy atakach)
- opiera się na kooperacji pozytywnej i pewnych zasadach hierarchizacji (można wyróżnić podział ról oraz przywódców ataku, którzy kierują działaniami)
- posiada zmienne zakresy kompetencji członków (roszady pomiędzy osobami czynnie uczestniczącymi w bezpośrednich atakach oraz socjotechnikami)
- określa cele i kierunki działań, przygotowując ich algorytmy (ściśła analiza potencjalnych celów i opracowany szczegółowo plan)
- opracowuje działania ochronne (zacieranie śladów i wycofywanie w razie niepowodzenia)
- jest nastawiona na przynoszenie korzyści (stanowi to *sui generis* cel *phishingu*).

Black hats uprawiają jeszcze jedną bardzo niebezpieczną działalność w sieci – tworzą wirusy, czyli aplikacje mające uszkodzić system operacyjny bądź pliki komputerowe. Niszczenie danych jest najbardziej dotkliwym przejawem cyberprzestępczości, zwłaszcza, że często ofiarami padają przypadkowi użytkownicy. Tworzenie wirusów wynika z chęci dominacji i jest motywowane pragnieniem władzy. Jest charakterystyczną metodą działania *hackerów* złośliwych.

Cyberprzestępczość w Polsce – stan faktyczny i prognozy

Kryminalne działania *hackerów* należą do grupy przestępstw, których ujawnienie i wykrycie stanowi jeszcze spory problem dla polskiej informatyki śledczej (*computer forensics*). Wynika to z zaawansowanego stopnia umiejętności *hackerów* oraz stosunkowo niskiej liczby wykwalifikowanych specjalistów zwalczających przestępczość komputerową. Statystyki policyjne charakteryzują jedynie ogólne tendencje cyberprzestępczości, zwracając uwagę na najbardziej popularne wśród *hackerów* formy przestępstw, jednakże nie odzwierciedlają one rzeczywistej przestępczości. Uwzględniając nasilające się zjawisko ataków internetowych na prywatne osoby oraz małe przedsiębiorstwa, które rzadko przekazują sprawę policji, oraz gigantyczny obszar piractwa komputerowego, bezsprzecznie możemy stwierdzić, że ujawniona przestępczość komputerowa stanowi niewielki procent faktycznych rozmiarów *hackingu*. Nie jesteśmy w stanie poznać dokładnych danych dotyczących przestępczości

²⁴ T. Hanausek, *Kryminalistyka...*, op. cit., s. 286.

nieujawnionej z oczywistych względów, skoncentruję się więc na podsumowaniu ogólnych trendów *hackingu* w oparciu o dane Komendy Głównej Policji.

Statystyki policyjne przedstawiają zjawisko cyberprzestępczości następująco²⁵

	Oszustwo komputerowe art. 287 par. 1–2	Uzyskanie informacji art. 267 par. 1–3	Zniszczenie lub zmiana istotnej informacji art. 268 par. 1–3 i 268a	Zniszczenie lub zmiana informacji art. 269 par. 1–2	Sabotaż komputerowy art. 269a	Wytwarzanie programu komputerowego do popełnienia przestępstwa art. 269b
2008	404	505	249	2	13	12
2007	492	384	168	0	11	4
2006	444	370	136	4	19	9
2005	568	260	98	3	1	6
2004	390	248	89	0	–	–
2003	168	232	138	2	–	–
2002	368	215	167	12	–	–
2001	279	175	118	5	–	–
2000	323	240	48	5	–	–
1999	217	113	49	1	–	–

Dominującym kierunkiem komputerowej działalności przestępczej jest uzyskanie nieuprawnionego dostępu do informacji, który to czyn jest penalizowany przez art. 267 kodeksu karnego. Jest to zjawisko typowe dla grupy „szarych kapeluszy”, której przedstawiciele pogłębiają swą wiedzę i umiejętności, włamując się do miejsc kuszących niedostępnością i wyszukując interesujące ich dane. Na podstawie powyższych statystyk możemy stwierdzić, iż przestępstwo to charakteryzuje w ostatnich latach niewątpliwie tendencja wzrostowa, gdyż liczba ujawnionych przestępstw sukcesywnie rośnie od roku 2001 i w roku 2008 osiągnęła najwyższą wartość. Dość duży przeskok pomiędzy dwoma ostatnimi latami nasuwa istotne pytanie: czy zjawisko uzyskiwania nieuprawnionego dostępu wzrosło rzeczywiście w ostatnim roku, czy też utrzymuje się na podobnym poziomie, a wzrosły jedynie umiejętności policyjnych ekspertów do spraw walki z cyberprzestępczością? Biorąc pod uwagę intensywny rozwój sieci internetowych, które pociągają za sobą wzrost zjawiska *hackingu*, przychyliłbym się do uznania, że to pierwszy czynnik (wzrost grupy *hackerów gray hats*) przyczynił się do pogłębienia liczby tego rodzaju przestępstw. Jest to związane także ze zmieniającym się stanem gospodarki na przełomie lat 2007/2008, który wtedy jeszcze charakteryzował się napływem przedsiębiorców zagranicznych do naszego kraju, *ergo* wzrosło zainteresowanie zagranicznych *hackerów* rynkiem krajowym (mnogość nowych firm z dobrymi zabezpieczeniami i potencjalną renomą, które kuszą informacjami).

²⁵ http://www.policja.pl/portal/pol/4/321/Przestepczosc_komputerowa.html.

Znaczną część osób złapanych przez policję stanowią osoby młode i niedoświadczone, które kierując się osobistymi pobudkami, wynikającymi z działań podjętych w złości czy zemście, włamywały się do komputerów koleżanek i kolegów. Pomimo iż wydają się to czyny o niskiej szkodliwości społecznej, niosą duże zagrożenie dla prywatności, dlatego są szczególnie ścigane przez policję.

Nieco mniej popularnym zjawiskiem jest oszustwo komputerowe (art. 287), czyli już faktyczna ingerencja ze strony *hackerów* w dane znajdujące się na serwerach i dyskach zarówno osób prywatnych, jak i korporacji, prowadząca często do uzyskania korzyści. Do tej grupy przestępstw zaliczamy także *phishing*. Struktura oszustw wygląda bardzo nierównomiernie, co jakiś czas odnotowuje się gwałtowny wzrost bądź znaczny spadek ich liczby. Jedną z prób wytłumaczenia takiego układu jest rozwój technologii zabezpieczeń. *Phishing* dotyczy głównie kont bankowych i aukcji internetowych, które zdając sobie sprawę z zagrożenia, ciągle udoskonalają linię obrony, niwelując stopień włamań. *Hackerom* dopiero po jakimś czasie udaje się przełamać zabezpieczenia i wtedy wzrasta liczba oszustw. Powtarza się to w sposób cykliczny, powodując skoki liczby tego rodzaju przestępstw.

Trzecim zjawiskiem, które znajduje się w trójce przestępstw popularnych, jest zniszczenie lub zmiana istotnej informacji (art. 268 i 268a). Statystyka pokazuje dwa okresy, w których ten rodzaj przestępczości stopniowo się nasila. Są to lata 1999–2002 oraz 2004–2008. W roku 2008 zjawisko przybrało największe rozmiary z tych odnotowanych w statystykach i fakt ten ponownie nasuwa alternatywę: wzrosła skuteczność policji czy też nasiliło się samo zjawisko? W tym przypadku obie odpowiedzi będą właściwe. Ofiarami tych przestępstw są duże korporacje, w tym banki oraz operatorzy telefonii komórkowej, którym bardzo zależy na budowaniu swojego wizerunku jako instytucji godnej zaufania, bezpiecznej i rzetelnej. Z tego też powodu firmy te usilnie starają się eliminować wszelkie działania ze strony *hackerów* i zgłaszają je organom ścigania²⁶. Artykuły 268 i 268a są przepisami, które *de facto* są zarzutami najczęściej stawianymi prawdziwej elicie *hackerów*, bowiem osoby, które przymierzają się na ataki banków, telekomunikacji czy największych korporacji, muszą posiadać dość duże doświadczenie i umiejętności. Odpowiadają oni z tego artykułu, gdyż można go najłatwiej udowodnić. Podmieniając oryginalną stronę, *hackerzy* niszczą przecież lub zmieniają informacje na niej zawarte, a to z reguły zostaje udokumentowane później przez firmy w postaci chociażby zrzutu ekranu. Oszustwo lub nieuprawniony dostęp wymaga dokładniejszej analizy i potrzeba wykwalifikowanych informatyków śledczych, którzy będą w stanie odzyskać i zinterpretować np. skasowane dane, pliki tymczasowe, logi, rejestry, pocztę elektroniczną, powiązania z innymi sieciami, partycje dysków lub pliki wymiany. Lata 2002–2003 wiążą się ze spadkiem odnotowanych przestępstw zniszczenia lub zmiany informacji. Jedną z prób wyjaśnienia spadku mówi że było to spowodowane niepokojem środowiska. W roku 2001 dokonano wielu spektakularnych włamań na strony oddziałów Telekomunikacji Polskiej, które były zorganizowaną akcją wymierzoną przeciw operatorowi. *Hackerzy* przejęli strony oddziałów w Gorzowie, Krośnie, Łomży i Lublinie (podczas jednego weekendu – 27 maja 2001 roku), a także w Koszalinie, Psarach, Zielonej Górze, Szczecinie, Słupsku i Kielcach. Ataki przypisuje się

²⁶ Informacje pochodzące z wywiadu środowiskowego wśród członków grup Phoenix oraz Fire Eye.

grupie Gumisie. 1 czerwca włamywacze komputerowi z grupy Red Wave postawili sobie za cel przejęcie 10 stron, a kolejnym krytycznym dniem był 10 czerwca, kiedy *hackerzy* przeprowadzili 7 udanych ataków (przejęto serwery Biblioteki Głównej Akademii Medycznej w Poznaniu, Wydziału Rolniczego AR w Szczecinie, TP SA w Słupsku, Phi Beta Kappa Society, Ars Info, Informafu oraz strony zagranicznej bstc.cc.al.us). Tymi dwoma seriami ataków zainteresowała się policja i przez dwa lata mocno infiltrowała środowisko *hackerów*, przez co wtedy ich aktywność spadła²⁷.

Przestępstwa karane z artykułu 269 oraz 269a i 269b stanowią mały odsetek notowanych przejawów cyberprzestępczości, co wynika rzeczywiście z rzadkiego ich występowania oraz trudności w wykryciu sprawcy i udowodnieniu mu czynów. Oczywiście zdarzały się pojedyncze przypadki ataków na instytucje rządowe (serwery Urzędu Rady Ministrów i Ministerstwa Obrony Narodowej), jednakże nie są one tak popularne, gdyż środowisko jest świadome konieczności ścigania przestępstw zagrażających instytucjom państwowym i obronności kraju i nie chce się niepotrzebnie narażać.

Pośrednim owocem działań *hackerów* są przestępstwa umożliwiające przez *crackerów*, czyli łamanie kodów zabezpieczających programy komputerowe i wprowadzanie ich na czarny rynek jako udostępnianych za nielegalną opłatą bądź nawet za darmo. Piractwo komputerowe jest coraz powszechniejsze i w porównaniu z innymi typami przestępstw stanowi największy element cyberprzestępczości. Rozwija się bardzo dynamicznie i według prognoz stwarza największe zagrożenie dla rynku. W ciągu zaledwie 9 lat liczba odnotowanych kradzieży programów wzrosła prawie 15-krotnie²⁸.

Kradzież programu komputerowego art. 278 § 2	
2008	15.093
2007	14.426
2006	10.635
2005	10.538
2004	8.914
2003	9.734
2002	5.722
2001	6.220
2000	6.461
1999	1.197

Przewidywania dotyczące cyberprzestępczości na rok 2009 były niepokojące ze względu na pogłębiający się kryzys ekonomiczny. Eksperti Trend Micro ocenili, że to przestępstwo *phishingu* stanie się dominującym problemem, co znajduje potwierdzenie w rzeczywistości nawet teraz, w 2010 roku. Paul Ferguson, specjalista do spraw badanych zagrożeń, przewidział, że użytkownicy podczas kryzysu będą bardziej podatni na klikanie

²⁷ Informacje pochodzą ze strony <http://www.artur.pl/muzeum2.html>, obserwacji własnych i wywiadu środowiskowego.

²⁸ http://www.policja.pl/portal/pol/34/591/Kradziez_art_278.html.

w niewłaściwe linki związane na przykład ze spamem wysyłanym na skrzynki pocztowe, gdyż *hackerzy* mogą próbować wysyłać fałszywe ostrzeżenia dotyczące rzekomych fuzji banków, zajęcia obciążonych nieruchomości itd. Już w 2008 roku *phishing* zebrał spore żniwo (ataki gangu Rock Phish w kwietniu na klientów Bank of America oraz ataki wrześniowe na Wachovia Bank i bank Merrill Lynch). Teraz *hackerzy* mogą dodatkowo kusić fałszywymi promocjami oraz szantażować różne przedsiębiorstwa, wymuszając okup za zaniechanie ataków bądź przywrócenie stanu przed włamaniem²⁹.

Hacking jest bardzo niebezpiecznym zjawiskiem, które przyczynia się do wzrostu cyberprzestępczości zarówno w sposób bezpośredni (ataki, zniszczenia), jak i pośredni (łamanie kodów, umożliwianie piractwa). Biorąc pod uwagę postępujący rozwój techniki i popularność Internetu, zjawisko to będzie się pogłębiać w najbliższych latach, powodując stopniowe zwiększenie udziału przestępczości komputerowej w ogólnej strukturze przestępstw. Z tego też powodu niezwykle potrzebne wydają się inwestycje i rozwój informatyki śledczej, zwłaszcza w kwestii podnoszenia kwalifikacji pracowników tego pionu, by móc efektywnie przeciwdziałać *hackerom* i zapobiegać niebezpieczeństwu *phishingu*, które w najbardziej dotkliwy sposób narusza prywatność, poufność, integralność i dostępność danych.

⁴⁰ <http://www.egospodarka.pl/38232,Kryzys-ozywia-cyberprzestepczosc,1,12,1.html>.

Naprawienie szkody i rekompensata finansowa dla pokrzywdzonego w węgierskim postępowaniu karnym

Prawa pokrzywdzonego w dzisiejszym prawie karnym są coraz istotniejszym zagadnieniem. Również w węgierskim ustawodawstwie i nauce prawa karnego problem ten został dostrzeżony i co za tym idzie, coraz częściej wprowadza się do porządku prawnego instytucje, które mają zagwarantować pokrzywdzonemu jak najszerze uprawnienia, w tym sposoby, dzięki którym jego szkoda wywołana przestępstwem zostanie naprawiona.

Wśród tych rozwiązań wskazać trzeba cztery instytucje:

- mediację;
- zawieszenie wniesienia aktu oskarżenia (ang. *postponement of the indictment*);
- powództwo adhezyjne w ramach procesu karnego;
- kompensatę wypłacaną przez państwo.

Mediacja

Węgierskie prawo karne przywiązuje obecnie bardzo dużą wagę do kwestii wynagrodzenia cierpienia ofiary wyrządzonego jej przestępstwem, jak też do czynnego żalu (ang. *active regret*)¹ sprawcy czynu zabronionego. Mediacja gwarantuje połączenie tych dwóch spraw.

Mediacja pojawiła się w węgierskiej procedurze karnej 1 stycznia 2007 roku, wraz z wejściem w życie ustawy CXXIII z 2006 r. o mediacji w sprawach karnych². Zgodnie z art. 2 tej ustawy mediacja oznacza próbę rozwiązania konfliktów wynikających z przestępstwa

¹ Należy w tym miejscu podkreślić, że pojęcie *active regret* nie może być utożsamiane z czynnym żalem znanym z art. 15 i 23 polskiego kodeksu karnego. W tym wypadku pojęcie to należy rozumieć jako żal sprawcy po popełnieniu przestępstwa i tym samym jego chęć do naprawienia wyrządzonych przez niego szkód, czyli czynny żal w rozumieniu m.in. art. 53 § 2 i 60 § 2 polskiego kodeksu karnego.

² 2006. évi CXXIII. törvény a büntető ügyekben alkalmazható közvetítői tevékenységről (ustawa mediacyjna, u.m.); ustawa ta jest implementacją Decyzji Ramowej Rady z dnia 15 marca 2001 r. w sprawie pozycji ofiar w postępowaniu karnym (2001/220/WSiSW).

poprzez wynegocjowanie rozwiązania – potwierdzone na piśmie – między ofiarą i sprawcą przestępstwa, pod nadzorem kompetentnej osoby trzeciej (mediatora) niezależnej od sądu rozpatrującego daną sprawę, jak i od prokuratora, co pomoże zmniejszyć negatywne konsekwencje przestępstwa i wpłynie pozytywnie na sprawcę, żeby w przyszłości mógł on postępować zgodnie z prawem.

Mediacja ma opierać się na trzech podstawowych założeniach: po pierwsze ma wzmacniać sens odpowiedzialności sprawcy przestępstwa, po drugie – łagodzić ujemne następstwa przestępstwa, które dotyczą ofiarę, i po trzecie – zmierzać do pojednania sprawcy z pokrzywdzonym¹.

Mediacja ma być alternatywnym dla kary rozwiązaniem w sytuacji, gdy ktoś dopuścił się mniej poważnego przestępstwa. Jest ona szybsza i tańsza od normalnego procesu i pozwala stronom na większą aktywność, czyniąc z nich równych partnerów². Jednakże trzeba podkreślić, że najistotniejszym aspektem mediacji i czynnego żalu sprawcy w węgierskim prawie karnym są wola i oczekiwania pokrzywdzonego przestępstwem – szybkość procedury schodzi tu na drugi plan.

Postępowanie medacyjne może rozpocząć się tylko za zgodą zarówno pokrzywdzonego, jak i sprawcy. Zgoda ta może być w każdym momencie cofnięta (art. 7 u.m.).

Jak zostało wspomniane, tylko sprawca mniej poważnych przestępstw może skorzystać z dobrodziejstw płynących z mediacji. Zgodnie z art. 221/A w.p.k.³ do takich przestępstw zalicza się przestępstwa przeciwko innym osobom (rozdział XII, tytuł I i III, w.k.k.⁴), przestępstwa komunikacyjne (rozdział XIII w.k.k.) oraz przestępstwa przeciwko mieniu (rozdział XVIII w.k.k.), za które grozi kara do pięciu lat pozbawienia wolności. Dalsze obostrzenia w tej kwestii wprowadza kodeks karny w art. 36, który stanowi, że sprawca przestępstwa (z w/w katalogu) zagrożonego karą do trzech lat pozbawienia wolności w wypadku pozytywnej mediacji nie ponosi odpowiedzialności karnej, natomiast sprawcy przestępstw zagrożonych karą powyżej trzech lat pozbawienia wolności (do pięciu), którzy porozumieili się z pokrzywdzonym w drodze mediacji, będą mogli skorzystać jedynie z instytucji nielimitowanego złagodzenia kary. W żadnym wypadku z dobrodziejstw wynikających z mediacji nie będą mogli skorzystać sprawcy, którzy działali w warunkach powrotu do przestępstwa, popełnili przestępstwo w związku z działalnością w zorganizowanej grupie przestępczej, spowodowali swoim czynem śmierć ofiary⁵ popełnili umyślne przestępstwo w czasie okresu próby, wynikającego z warunkowego zawieszenia wykonania kary, warunkowego przedterminowego zwolnienia lub warunkowego umorzenia postępowania, bądź też w sytuacji, gdy popełnili umyślne przestępstwo po tym, jak zostali skazani na

¹ E. Hatvani, Victim – Offender Mediation in Hungary, Paper from „Improving Citizenship & Restoring Community”, the 10th International Institute for Restorative Practices World Conference, 7–9 November 2007, Budapest 2007, p. 1.

² MEDIATION., We create balance. From 2007 also in criminal procedures – brochure published by Central Office of Justice, http://www.kih.gov.hu/data/cms8592/Brochure_about_penal_mediation.pdf.

³ 1998. évi XIX. törvény a büntetőeljárásról (węgierska procedura karna, w.p.k.).

⁴ 1978. évi IV. törvény a büntető törvénykönyvről (węgierski kodeks karny, w.k.k.).

⁵ Rozwiązanie to jest spowodowane względami społecznymi, nie prawnymi – społeczeństwo węgierskie nie zaakceptowałoby sytuacji, w której np. sprawca śmiertelnego wypadku komunikacyjnego nie zostałby za swój czyn odpowiednio ukarany.

karę pozbawienia wolności i jeszcze nie skończyli jej odbywać. Ostatnim warunkiem, jaki musi spełnić sprawca chcący skorzystać z mediacji, jest przyznanie się do popełnienia zarzucanego mu czynu.

W wypadku, gdy warunki z art. 36 w.k.k. zostały spełnione, tzn. oskarżony przyznał się do popełnienia zarzucanego mu czynu, oskarżony i pokrzywdzony zgodzili się na postępowanie mediacyjne, a charakter popełnionego przestępstwa, okoliczności jego popełnienia i osoba sprawcy⁶ wskazują, że nie ma potrzeby kierowania sprawy do sądu lub też istnieje przekonanie, że sąd weźmie pod uwagę żal oskarżonego, łagodząc wymiar kary, prokurator zawiesza postępowanie na okres do 6 miesięcy i kieruje sprawę do mediacji. Warto w tym miejscu zauważyć, że prokurator może to zrobić zarówno na wniosek którejś ze stron, jak i z urzędu, oczywiście pod warunkiem, że strony wyrażą na to zgodę (por. art. 221/A w.p.k.).

Obecnie mediacja może rozpocząć się zarówno w postępowaniu przygotowawczym, jak i w postępowaniu sądowym – zarówno w I, jak i w II instancji (por. art. 6 lit. a u.m. w zw. z art. 221/A ust. 3 w.p.k. oraz art. 6 lit. b u.m. w zw. z art. 266 ust. 3 lit. c w.p.k.). Praktyka pokazuje, że możliwość prowadzenia mediacji na każdym etapie procesu jest wykorzystywana przez obrońców jako „narzędzie procesowe” – często zdarza się, że po przegranej sprawie w pierwszej instancji prawnicy doradzają swoim klientom, aby rozpoczęli mediację. W związku z tym projekty nowelizujące ustawy karne zakładają ograniczenie możliwości rozpoczęcia postępowania mediacyjnego do momentu przed wniesieniem przez prokuratora aktu oskarżenia⁷.

Mediację prowadzi kurator sądowy, posiadający odpowiednie kwalifikacje w tym zakresie, lub też adwokat zarejestrowany przez państwową służbę kuratorską (ang. *national probation service*) (art. 3 ust. 1 u.m.).

Ustawa mediacyjna posługuje się zasadami równości stron oraz poufności⁸.

Pierwsza z tych zasad oznacza, że zarówno pokrzywdzony, jak i sprawca w czasie postępowania mediacyjnego mają zagwarantowane te same uprawnienia. Mogą zatem cofnąć swoją zgodę na mediację (art. 7 ust. 1 u.m.), korzystać w jej czasie z pomocy prawnika (art. 7 ust. 2 u.m.), czy też przyprowadzić na sesję mediacyjną po maksymalnie dwie dodatkowe osoby, które mogą działać w ich imieniu (art. 7 ust. 3 u.m.).

Dруга zasada gwarantuje, że wszystko, co zostanie powiedziane w czasie sesji mediacyjnej, pozostanie między osobami w niej uczestniczącymi a mediatorem i nie może zostać wykorzystane jako dowód w toczącej się sprawie, z powodu której mediacja została rozpoczęta (art. 13 ust. 5 u.m., art. 221/A ust. 5 w.p.k.). Istnieją dwa wyjątki od tej zasady dotyczące protokołu sporządzanego przez mediatora, który to dokument zawiera szereg formalnych informacji (takich jak nazwiska stron, czas rozpoczęcia i zakończenia mediacji,

⁶ Angielskie tłumaczenie art. 221/A ust. 3 lit. d w.p.k. posługuje się zwrotem *the person of the accused*. Wydaje się, że najpełniej znaczenie tego sformułowania oddałaby konstrukcja art. 66 § 1 polskiego kodeksu karnego, a mianowicie: „postawa sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste oraz dotychczasowy sposób życia”.

⁷ Ma to być zasada, od której będą jednak istniały wyjątki pozwalające na rozpoczęcie mediacji przed sądem I instancji (gdy sprawca przyznał się do zarzucanego mu czynu już we wcześniejszej fazie postępowania), a nawet na etapie wykonywania orzeczenia.

⁸ E. Hatvani, *Victim – Offender Mediation in Hungary...*, op. cit., p. 3.

sygnatura sprawy itp.) (art. 16 u.m.) oraz treść ugody będącej efektem mediacji, o ile oczywiście dojdzie do jej zawarcia między stronami (art. 13 u.m.).

Co interesujące, ustawa mediacyjna nie przewiduje obowiązku przeprowadzenia bezpośredniego spotkania pokrzywdzonego i oskarżonego, nakładając tym samym na mediatora obowiązek pośredniczenia między stronami, co ma im gwarantować większą swobodę w prowadzeniu negocjacji (art. 11 ust. 2 u.m.). Ustawa nie przewiduje też żadnej szczególnej formy, jaką powinny zachować strony, przedstawiając swoje stanowiska – mogą to zatem robić zarówno ustnie, jak i na piśmie.

Jednak niezależnie od tego, czy mediacja była prowadzona bezpośrednio między stronami, czy też na odległość, strony muszą spotkać się w momencie podpisywania ugody.

Ugoda zawarta w wyniku przeprowadzonej mediacji musi zawierać ustalenia dotyczące kompensaty, a także rozstrzygnięcie co do kosztów (art. 13 ust. 2 u.m.). Zgodnie z zasadami koszty postępowania mediacyjnego ponosi oskarżony, jednakże strony mogą postanowić odmiennie (art. 17 u.m.)⁹. Ugoda musi zostać zatwierdzona przez sąd bądź prokuratora. Na postanowienie zatwierdzające ugodę nie przysługuje środek odwoławczy.

Ustawa pozostawia pełną swobodę stronom co do sposobu kompensaty – naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem może nastąpić zarówno w formie rekompensaty finansowej (może to być jedna suma lub kwota wypłacana w ratach), jak i w każdej innej formie, o ile nie kłóci się ona z zasadami prawa i moralności i jest obiektywnie racjonalna (art. 13 ust. 1 i 3 u.m.). W większości przypadków ugody zawierają postanowienia dotyczące przeprosin dla pokrzywdzonego oraz nakładają obowiązek wypłacania przez oskarżonego odszkodowania. Zdarzają się jednak inne przykłady restytucji, wśród których warto wymienić obowiązek pomalowania przez nieletnich ściany, która została przez nich zniszczona, wykonywania przez sprawców prac domowych lub ogrodowych w czasie, gdy pokrzywdzony przechodził leczenie związane z obrażeniami poniesionymi w wyniku popełnionego przestępstwa, czy też prośbę pokrzywdzonego, aby oskarżony poddał się leczeniu odwykowemu lub też rozpoczął terapię psychiatryczną¹⁰.

Mediacja szybko zyskała dużą popularność i jest szeroko stosowana przez węgierskie organy wymiaru sprawiedliwości. W okresie od 1 stycznia 2007 do końca czerwca tego samego roku 1027 spraw zostało skierowanych do postępowania mediacyjnego, a liczba takich spraw rosła z miesiąca na miesiąc. 900 (87,6%) spraw dotyczyło dorosłych oskarżonych, zaś 127 (12,4%) nieletnich. Warto zauważyć, że odsetek spraw dotyczących nieletnich oraz kobiet (166 spraw, co stanowi 16,3%) skierowanych do mediacji jest wyższy niż ich odsetek w generalnych statystykach kryminalnych. Najczęściej do mediacji trafiały sprawy dotyczące kradzieży (307 spraw), przemocy (133) oraz wypadków komunikacyjnych skutkujących ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu (189)¹¹. W pierwszej połowie 2008 roku

⁹ Twierdzenie to zostało oparte na podstawie angielskiego tłumaczenia węgierskiej ustawy mediacyjnej dostępnego pod adresem www.euforumrj.org/readingroom/Countries/Hungary/Hungarian%20Mediation%20Act.pdf. Można jednak znaleźć informacje (E. Hatvani, *Victim – Offender Mediation in Hungary...*, op. cit., p. 3; *MEDIATION. We create balance...*, op. cit., p. 2), że postępowanie mediacyjne na Węgrzech jest bezpłatne, czego niestety autor nie może potwierdzić ze względu na brak innego tłumaczenia ustawy niż wspomniane powyżej.

¹⁰ E. Hatvani, *Victim – Offender Mediation in Hungary...*, op. cit., p. 4.

¹¹ *Ibidem*, p. 4.

1587 spraw trafiło do postępowania mediacyjnego, z czego 174 sprawy dotyczyły nieletnich. 81% spraw zakończyło się zawarciem ugody między pokrzywdzonym a oskarżonym, z czego 90,6% porozumień zostało wypełnionych. Jednocześnie należy zauważyć odmienną tendencję niż w tym samym okresie w roku 2007 – liczba postępowań mediacyjnych spadała z miesiąca na miesiąc¹².

Obowiązki sprawcy wynikające z ugody zawartej w toku mediacji nie mogą być przedmiotem skargi cywilnej, co oznacza, że pokrzywdzony nie ma możliwości pozwania sprawcy z powodu niewykonywania przez niego postanowień ugody (art. 14 ust. 2 u.m.). Obecnie pojawiają się jednak postulaty wprowadzenia takiej możliwości. Nic nie stoi na przeszkodzie wytoczeniu powództwa cywilnego o naprawienie szkody, która powstała w wyniku czynu zabronionego, jednakże jest to zupełnie niezależne od postępowania mediacyjnego i jest przedmiotem prawa cywilnego.

Co ciekawe, węgierskie prawo karne nie przewiduje środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody i nie znosi się na to, żeby w najbliższym czasie środek taki się pojawił. Doktryna podkreśla bowiem znaczenie mediacji i jej pozytywny wpływ na społeczeństwo, co skutkuje dążeniami obecnej polityki kryminalnej do jak najszerzego jej rozprzestrzenienia¹³. Oznacza to, że nie ma możliwości zmuszenia sprawcy (w procedurze karnej) do kompensacji na rzecz pokrzywdzonego (poza wyjątkami opisanymi poniżej). Działa to jednak w dwie strony – pokrzywdzony także nie ma obowiązku zgadzania się na kompensatę w drodze mediacji. Zdarzają się sytuacje, gdy pokrzywdzeni nie chcą pojednać się ze sprawcą i chcą jego ukarania – w takim przypadku sprawca nie może skorzystać z dobrodziejstwa czynnego żalu. Jednakże sprawca zawsze może naprawić wyrządzoną przez siebie szkodę, czyli także poza postępowaniem mediacyjnym, co niewątpliwie będzie miało wpływ na wymiar orzeczonej wobec niego kary.

Sprawa zakończona zawarciem ugody w wyniku mediacji jest objęta zasadą *res iudicata*, o ile postępowanie mediacyjne zostało zawarte przed sądem. Ma to istotne znaczenie w sytuacji, gdy sprawca nie wywiązuje się z nałożonych na niego obowiązków i np. przestaje płacić zasądzone odszkodowanie. W takiej sytuacji, gdy ugoda została zawarta przed prokuratorem, może on zawsze wznowić postępowanie, gdyż nie korzysta ona z zasady powagi rzeczy osądzonej. Odnośnie do postępowania sądowego – w przygotowywanym właśnie projekcie zmian w prawie karnym przewiduje się, że zamknięcie postępowania będzie na pewien okres zawieszane¹⁴, żeby dać czas sprawcy na wywiązanie się z ciążących na nim obowiązków.

Mediacja może być przeprowadzana tylko raz w danym postępowaniu¹⁵, co oznacza, że w razie jej fiaska nie istnieje możliwość – w późniejszym terminie – podjęcia kolejnej

¹² Beszámoló: A Pártfogó Felügyelõ Szolgálat 2008. elsõ félvi, közvetítõ ügyekben megvalósított feladatairól, http://www.kih.gov.hu/data/cms15547/Beszamolo_mediacio_2008Ifellev.pdf.

¹³ Wynika to z faktu, że dla węgierskiej polityki kryminalnej nie liczy się tylko fakt naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem (kompensata), ale ważny jest również żal sprawcy i jego pojednanie z pokrzywdzonym.

¹⁴ Okres zawieszenia będzie wynosił prawdopodobnie 5 lat.

¹⁵ *MEDIATION. We create balance*, p. 2.

próby pojednania (w tej formie) między sprawcą a pokrzywdzonym. Niepowodzenie postępowania mediacyjnego powoduje prowadzenie sprawy w zwykłym trybie.

Zawieszenie wniesienia aktu oskarżenia

W węgierskim prawie karnym instytucja naprawienia szkody wynikłej z popełnienia przestępstwa pojawia się także w sytuacji stosowania przez prokuratora zawieszenia wniesienia aktu oskarżenia (ang. *postponement of the indictment*), które w swej istocie jest zbliżone do polskiego warunkowego umorzenia postępowania. Zawieszenie to zostało wprowadzone do węgierskiego ustawodawstwa w 1990 roku w sprawach nieletnich, a w roku 1999 rozszerzono je na wszystkich sprawców¹⁶.

W sytuacji, gdy przestępstwo zagrożone jest maksymalnie karą 3 lat pozbawienia wolności (w wypadku nieletnich 5 lat), prokurator może zawiesić wniesienie aktu oskarżenia i nałożyć na oskarżonego określone obowiązki, wśród których można wymienić:

- naprawienie w całości bądź w części wyrządzonej pokrzywdzonemu przestępstwem szkody poprzez wypłacenie kompensaty;
- naprawienie powstałej w wyniku czynu zabronionego szkody w inny sposób;
- zobowiązanie do wypłacenia nawiązki na określony cel bądź też do pracy społecznie użytecznej;
- poddanie się leczeniu psychiatrycznemu bądź kuracji odwykowej.¹⁷

Prokurator przed wydaniem postanowienia o zawieszeniu oskarżenia musi uzyskać zgodę sprawcy i pokrzywdzonego. Ponadto powinien wysłuchać strony celem ustalenia formy, w jakiej szkoda zostanie naprawiona – finansowej czy też innej. Nie można nałożyć na oskarżonego obowiązku naprawienia szkody w sytuacji, gdy nie zgodzi się na to pokrzywdzony¹⁸.

Prokurator może również zwrócić się do kuratora sądowego (przed wydaniem postanowienia) o sporządzenie opinii zawierającej w szczególności informacje dotyczące zdolności sprawcy do wywiązania się z nałożonych na niego obowiązków, jego woli do wypełnienia zobowiązań oraz zgody pokrzywdzonego na restytucję.¹⁹ Jak widać, mimo że jest tu mowa o obowiązkach (ang. *duties*), oskarżony musi zgodzić się na ich nałożenie, co w praktyce oznacza – odnośnie naprawienia szkody – wyrażenie przez niego czynnego żalu.

Okres zawieszenia może wynosić od roku do dwóch lat, w czasie którego oskarżony pozostaje pod dozorem kuratora. Po upływie tego okresu postępowanie umarza się²⁰.

¹⁶ E. Róth, *The Prosecution Service Function within the Hungarian Criminal Justice System*, Published online: 24 July 2008, Springer Science + Business Media B.V. 2008, p. 299.

¹⁷ I. Görgényi, *Restorative justice in criminal matters and the Hungarian victim's position*, Papers presented at the Third Conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice „Restorative Justice in Europe: Where are we heading?”, Budapest, 14–16 October 2004, p. 4; E. Róth, *The Prosecution Service Function...*, *op. cit.*, p. 300.

¹⁸ I. Görgényi, *Restorative justice in criminal matters...*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁹ *Ibidem*, p. 4.

²⁰ *Ibidem*, p. 5.

Węgierska procedura karna zna specjalny przypadek obligatoryjnego zawieszenia oskarżenia w sytuacji przestępstwa niealimentacji, gdy przewiduje się, że sprawca wywiąże się ze swojego obowiązku. Rozwiązanie to jest uzasadnione tym, że znacznie ważniejsze dla osoby uprawnionej jest otrzymanie należnych jej pieniędzy niż dla państwa ukaranie sprawcy. Zawieszenie takie może nastąpić zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak i sądowego²¹.

Instytucja warunkowego zawieszenia postępowania nie jest zbyt popularna w praktyce. W 2005 roku prokuratorzy zawiesili tylko 4,2% spraw, które do nich dotarły. W sprawach nieletnich odsetek ten wynosił 8,2%. Liczba ta jest o wiele mniejsza niż pierwotnie oczekiwano. Znacznie częściej prokuratorzy umarzają postępowania, jednocześnie, udzielając sprawcy nagany, albo kierują sprawę do uproszczonego postępowania sądowego²².

Powództwo adhezyjne w ramach procesu karnego

Kolejnym sposobem, w jaki pokrzywdzony może dochodzić odszkodowania od sprawcy przestępstwa w postępowaniu karnym, jest wytoczenie przeciwko niemu powództwa adhezyjnego.

Powód cywilny (ang. *private party*²³) to pokrzywdzony przestępstwem, który chce dochodzić roszczeń cywilnych w postępowaniu karnym (por. art. 54 w.p.k.). Roszczenie to musi pozostawać w związku z czynem będącym przedmiotem oskarżenia²⁴.

„Z roszczeniem cywilnym można wystąpić w okresie od dnia rozpoczęcia postępowania karnego do dnia, w którym odbywa się posiedzenie sądu w sprawie wydania wyroku w pierwszej instancji²⁵”.

„Ponadto oprócz odszkodowania za rzeczywistą szkodę osoba prywatna [powód cywilny – przyp. autor] może dodatkowo ubiegać się o odszkodowanie z tytułu utraty zysku lub korzyści, poniesionych wydatków i honorarium pełnomocnika²⁶”.

Powód cywilny musi udowodnić istnienie szkody, w związku z którą występuje z roszczeniem. „W toku postępowania osoba prywatna [powód cywilny – przyp. autor] może, za pozwoleniem sądu, zadawać bezpośrednio pytania oskarżonemu i świadkom²⁷”. Powód cywilny, poza prawami związanymi z powództwem adhezyjnym, może oczywiście korzystać z uprawnień, które przysługują mu z tytułu bycia pokrzywdzonym²⁸.

²¹ E. Róth, *The Prosecution Service Function...*, op. cit., p. 300–301.

²² *Ibidem*, p. 300–301.

²³ Zgodnie z tłumaczeniem dostępnym na stronach internetowych Komisji Europejskiej (http://ec.europa.eu/civiljustice/comp_crime_victim/comp_crime_victim_hun_pl.htm) zwrot *private party* powinien być tłumaczony jako „osoba prywatna”, jednakże trzeba dojść do wniosku, że tłumaczenie to nie jest adekwatne do polskiej systematyki prawa karnego, co wynika zapewne z nieznamości jej przez tłumacza.

²⁴ E. Róth, *The Prosecution Service Function...*, op. cit., p. 307.

²⁵ Odszkodowania dla ofiar przestępstw – Węgry, http://ec.europa.eu/civiljustice/comp_crime_victim/comp_crime_victim_hun_pl.htm, pkt 1.2.

²⁶ *Ibidem*, pkt 1.4.

²⁷ Odszkodowania dla ofiar przestępstw – Węgry, http://ec.europa.eu/civiljustice/comp_crime_victim/comp_crime_victim_hun_pl.htm, pkt 1.6.

²⁸ I. Görgényi, *Restorative justice in criminal matters...*, op. cit., p. 5.

W postępowaniu adhezyjnym zarówno karne, jak i cywilne aspekty danej sprawy są rozstrzygane przez sąd karny w czasie jednego procesu. Rodzi to pewne problemy praktyczne ze względu na różnice pomiędzy tymi dwoma gałęziami prawa – zarówno w sferze materialnej, jak i procesowej²⁹. Dlatego też możliwe jest przekazanie powództwa adhezyjnego do rozpatrzenia w innej procedurze (z reguły cywilnej). Z prawa tego często korzystają sędziowie sądów karnych, nawet w sytuacji, gdy w procedurze karnej zostanie ustalona podstawa prawna i wysokość roszczenia cywilnego³⁰.

Wśród zalet powództwa adhezyjnego wymienia się:

- aspekty ekonomiczne i praktyczne (przyspieszenie postępowania);
- względy wynikające z polityki kryminalnej – szkoda wyrządzona przestępstwem może być naprawiona w krótszym czasie;
- orientację procedury na prawa pokrzywdzonego;
- doprowadzenie do porozumienia między sprawcą a pokrzywdzonym;
- możliwość wejścia w prawa zmarłego powoda cywilnego jego spadkobierców³¹.

„Na wniosek osoby prywatnej [powoda cywilnego – przyp. autor] może zapaść decyzja o zajęciu w celu zabezpieczenia roszczenia cywilnego. Może ona również obejmować dobra niezwiązane z przestępstwem karnym. Szczegółowe zasady wykonywania roszczeń cywilnych o odszkodowanie przyznane przez sąd są określone w ustawie LIII z 1994 r. o wykonywaniu orzeczeń sądowych³²”.

Kompensata wypłacana przez państwo

Na mocy ustawy CXXXV z 2005 roku o wsparciu dla ofiar przestępstw i odszkodowaniu od państwa³³ pokrzywdzony umyślnym przestępstwem (lub jego najbliżsi – krąg osób uprawnionych został dokładnie w ustawie określony), w wyniku którego poniósł on śmierć, doznał ciężkiego uszkodzenia ciała lub poniósł uszczerbek na zdrowiu, może dochodzić odszkodowania od państwa węgierskiego.

W celu uzyskania takiego odszkodowania pokrzywdzony (lub inna osoba uprawniona) musi złożyć odpowiedni wniosek w czasie trwania postępowania karnego, nie później jednak niż w ciągu trzech miesięcy od dnia, w którym popełniono przestępstwo (ustawa zna jednak trzy wyjątki od tej zasady). Pokrzywdzony nie ma obowiązku starania się o odszkodowanie od sprawcy przestępstwa – może od razu złożyć wniosek o kompensatę od państwa.

„Ofiara przestępstwa ma prawo do odszkodowania, nawet jeśli sprawca nie został zidentyfikowany. Jeżeli oskarżony został uniewinniony, odszkodowanie wypłaca się wyłącz-

²⁹ *Ibidem*, p. 5.

³⁰ E. Róth, *The Prosecution Service Function...*, *op. cit.*, p. 307.

³¹ I. Görgényi, *Restorative justice in criminal matters...*, *op. cit.*, p. 6.

³² 1994. évi LIII. törvény a bírósági végrehajtásról; Odszkodowania dla ofiar przestępstw – Węgry, http://ec.europa.eu/civiljustice/comp_crime_victim/comp_crime_victim_hun_pl.htm, pkt 1.7.

³³ 2005. évi CXXXV. törvény hatálya alá tartozó áldozat; ustawa ta jest wdrożeniem Dyrektywy Rady 2004/80/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. odnoszącej się do kompensaty dla ofiar przestępstw (Dz.U.UE L z dnia 6 sierpnia 2004 r.).

nie wówczas, gdy podstawą uniewinnienia była niepełnoletniość, niezdolność umysłowa, przemoc lub groźba, błąd, ochrona prawna, nadzwyczajna potrzeba, nakaz przełożonego, śmierć sprawcy, przedawnienie, ułaskawienie, lub jeżeli zagrożenie dla społeczeństwa spowodowane czynem ustało lub stało się nieznaczne bądź jeżeli podstawą uniewinnienia były inne czynniki przewidziane w w.k.k.³⁴”.

„W celu ustalenia wysokości odszkodowania we wniosku należy podać wartość szkody materialnej wyrządzonej w wyniku przestępstwa karnego, określić wielkość utraconych dochodów (należy dołączyć dowód) oraz wszelkie koszty poniesione w wyniku przestępstwa karnego lub z tytułu naprawy szkody wynikłej z przestępstwa karnego³⁵”.

Odszkodowanie jest wypłacane jednorazowo lub w formie miesięcznej zapomogi i jest odpowiednio pomniejszane o kwotę świadczeń, które pokrzywdzony otrzymał w związku z popełnionym przestępstwem (np. z tytułu ubezpieczenia).

„Kolejnym warunkiem otrzymania odszkodowania od państwa są środki własne ofiary. Dlatego też poddaje się ocenie dochody wnioskodawcy.

Przepisy prawa wykluczają możliwość otrzymania odszkodowania w niektórych przypadkach z powodu zachowania ofiary: pewne działania lub zaniechania nie kwalifikują jej do odszkodowania, nawet jeśli jej środki utrzymania są poniżej progu. Ofiara przestępstwa nie jest też uprawniona do otrzymania odszkodowania, jeżeli poniesiona przez nią szkoda została już pokryta lub jeśli roszczenie ubezpieczeniowe, z tytułu którego może ona oczekiwać pełnego lub częściowego zadośćuczynienia szkody, nie zostało złożone; jeżeli ofiara spowodowała czyn przestępczy lub przyczyniła się do powstania szkody; jeżeli ofiara nie współpracuje z władzami w toku postępowania karnego lub w procedurze rozpatrywania roszczenia o odszkodowanie; lub jeżeli ofiara popełniła przestępstwo karne mające związek z przestępstwem, które spowodowało szkodę³⁶”.

Podsumowanie

Jak widać, pokrzywdzony wg węgierskiej procedury karnej ma do dyspozycji szereg instytucji, dzięki którym może dochodzić naprawienia szkody wynikłej z przestępstwa, czy to od sprawcy czynu zabronionego, czy też od państwa, w czasie trwania procesu karnego. Co warto podkreślić, węgierska polityka kryminalna kładzie bardzo duży nacisk na pojednanie pokrzywdzonego i sprawcy, stąd też największe znaczenie w obecnym ustawodawstwie (jak i w projektowanych zmianach) przypisuje się mediacji, rezygnując jednocześnie z wprowadzenia środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody.

Poza opisanymi powyżej czterema instytucjami wynikającymi z uregulowań prawa karnego, pokrzywdzony zawsze ma prawo wejść na drogę procesu cywilnego i tam próbować uzyskać rekompensatę za poniesione w wyniku czynu zabronionego szkody. Jednakże

³⁴ Odszkodowania dla ofiar przestępstw – Węgry, http://ec.europa.eu/civiljustice/comp_crime_victim/comp_crime_victim_hun_pl.htm, pkt 2.10.

³⁵ *Ibidem*, pkt 2.11.

³⁶ Odszkodowania dla ofiar przestępstw – Węgry, http://ec.europa.eu/civiljustice/comp_crime_victim/comp_crime_victim_hun_pl.htm, pkt 2.12.

kwestie dotyczące węgierskiego postępowania cywilnego nie są przedmiotem niniejszego opracowania.

Odniesienie do regulacji w polskim prawie karnym. Postulaty *de lege ferenda*

Wszystkie cztery wspomniane instytucje węgierskiego prawa karnego są również znane prawu polskiemu. Kwestię mediacji w postępowaniu karnym reguluje art. 23a k.p.k.³⁷ oraz wydane na podstawie § 5 tego artykułu rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 czerwca 2003 roku w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych³⁸; przepisy dotyczące warunkowego umorzenia postępowania karnego (rozumiane jako swoisty odpowiednik węgierskiego zawieszenia wniesienia aktu oskarżenia) zawarte są przede wszystkim w art. 66 – 68 k.k.³⁹; postępowanie adhezyjne normują art. 62 – 70 k.p.k.; natomiast kwestię państwowej kompensaty zawiera ustawa z dnia 7 lipca 2005 roku o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw⁴⁰.

Polskie rozwiązania są w zasadniczym stopniu zbieżne z rozwiązaniami węgierskimi, co wynika przede wszystkim z postępującej harmonizacji prawa karnego na szczeblu międzynarodowym, przede wszystkim w ramach Unii Europejskiej, której zarówno Polska, jak i Węgry są członkami.

Największe odmienności można zauważyć między węgierskim zawieszeniem wniesienia aktu oskarżenia a polskim warunkowym umorzeniem postępowania dotyczącymi przede wszystkim etapu, na którym są stosowane – rozwiązanie węgierskie już w postępowaniu przygotowawczym przez prokuratora, polskie natomiast w postępowaniu sądowym przez sąd⁴¹. Jednakże obie wspomniane instytucje pozwalają na nałożenie na sprawcę przestępstwa swoistego obowiązku naprawienia szkody z jednoczesną warunkową rezygnacją z karanego go za popełnione przestępstwo. Należy podkreślić, że oba powyższe rozwiązania doprowadzają do obalenia zasady domniemania niewinności wobec sprawcy przestępstwa.

Zasadniczą różnicą między węgierską a polską procedurą karną jest również zakres, w jakim może być prowadzone postępowanie mediacyjne – na Węgrzech tylko w stosunku do niektórych przestępstw, w Polsce w odniesieniu do wszystkich.

Godny naśladowania jest istniejący na Węgrzech oportunizm ścigania sprawców przestępstwa niealimentacji w sytuacji, gdy organy wymiaru sprawiedliwości mają informacje, że sprawca zacznie wywiązywać się ze swojego obowiązku łożenia na osobę najbliższą mimo braku skazania za przestępstwo. Jak już wspomniano powyżej, w tym szczególnym wypadku ważniejsze jest dla osoby uprawnionej otrzymanie należnych jej pieniędzy niż dla państwa ukaranie sprawcy, które dodatkowo (w wypadku np. skazania sprawcy na karę pozbawienia wolności czy też grzywnę) może udaremnić późniejsze wypłacanie alimentów

³⁷ Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 z późn. zm.

³⁸ Dz.U. z 2003 r., Nr 108, poz. 1020.

³⁹ Kodeks karny, Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

⁴⁰ Dz.U. z 2005 r., Nr 169, poz. 1415 z późn. zm.

⁴¹ Regulacje te różnią się ponadto między sobą wieloma pomniejszymi aspektami formalnymi, które jednak z uwagi na przedmiot tego opracowania – prawo pokrzywdzonego do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem – nie będą w tym miejscu omawiane.

przez sprawcę skutkiem utraty przez niego pracy (w wyniku pozbawienia wolności) czy też środków finansowych (w wyniku obowiązku zapłacenia grzywny). W świetle tego rozwiązania należy zadać sobie pytanie o sens dotkliwego karania sprawcy przestępstwa niealimentacji (art. 209 § 1 k.k. pozwala na orzeczenie za to przestępstwo kary pozbawienia wolności do lat dwóch) w sytuacji, gdy najważniejszym zadaniem tego typu czynu zabronionego powinno być dążenie do naprawienia szkody wyrządzonej pokrzywdzonemu i zapobiegnięcie jej powstaniu w przyszłości.

Jednak najciekawszym, a przy okazji zupełnie różnym od regulacji polskich rozwiązaniem w węgierskim prawie karnym jest brak środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody. Węgierski ustawodawca doszedł do wniosku, że prawo karne nie tylko powinno sprawcę przestępstwa karać, a szkodę pokrzywdzonego naprawiać, lecz także dążyć do budowania relacji społecznych poprzez pojednanie między pokrzywdzonym a sprawcą, odwołując się tym samym do idei sprawiedliwości naprawczej, u podstaw której leżą takie pojęcia, jak: relacje międzyludzkie (*relationships*), pojednanie (*reconciliation*) oraz naprawienie wyrządzonej szkody (*reparation of harm done*)⁴².

Na Węgrzech sprawcy przestępstwa powinno zależeć na rozpoczęciu mediacji (na którą nacisk kładzie przede wszystkim węgierski prawodawca i przedstawia jako alternatywę dla środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody), ponieważ może to w znacznym stopniu wpłynąć na wymiar jego kary. Mediacja w takim stanie prawnym jest również bardzo dobrym rozwiązaniem dla pokrzywdzonego przestępstwem, gdyż pozwala mu w krótkim czasie na naprawienie szkody. Do naprawienia tego może dojść na wiele sposobów, nie tylko w formie wypłacenia określonej sumy pieniężnej, jak w przypadku orzekania na podstawie polskiego kodeksu karnego obowiązku naprawienia szkody, co może być korzystne dla obu stron. Niejako dodatkowym skutkiem mediacji jest wspomniane pojednanie między pokrzywdzonym a sprawcą, co bez wątpienia poprawia odbiór społeczny sprawcy i jednocześnie przyspiesza jego proces resocjalizacji. Mediacja w takim kształcie (przy jednoczesnym braku odpowiednika art. 46 k.k. w węgierskim kodeksie karnym) ma kapitalne znaczenie dla prewencji indywidualnej i może prowadzić do zwiększenia poszanowania dla porządku prawnego przez sprawcę przestępstwa, szczególnie w przypadku, gdy naprawienie szkody będzie się dla niego wiązało z obowiązkiem wykonania określonej czynności (jak np. naprawienie zniszczonej rzeczy). Szerokie stosowanie mediacji może również realizować zadania wychowawcze, przyzwyczajając społeczeństwo do potrzeby szukania drogi pojednania.

Podkreślić jednocześnie należy, że fiasko mediacji w żadnym wypadku nie zamyka pokrzywdzonemu na Węgrzech drogi do naprawienia szkody.

Rozwiązanie węgierskie jest tym ciekawsze w sytuacji planowanego wejścia w życie w czerwcu 2010 roku nowelizacji art. 46 k.k.⁴³ rozciągającej możliwość orzeczenia obowiązku naprawienia szkody na wszystkie przestępstwa. Istnieje bowiem ryzyko, że w sytuacji, gdy pokrzywdzony będzie miał do wyboru skorzystanie z możliwości orzeczenia

⁴² Ch.D. Marshall, *Beyond Retribution. A New Testament Vision for Justice, Crime, and Punishment* (*Studies in Peace and Scripture*), Michigan 2001, p. 2.

⁴³ Dz.U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1589.

wobec sprawcy środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody lub skorzystania z postępowania mediacyjnego, częściej wybierze to pierwsze. Może to tym samym doprowadzić do zmarginalizowania stosowania mediacji, która do tej pory – przy istniejącym zamkniętym katalogu przestępstw, wobec których można było stosować art. 46 k.k. – stawała się coraz popularniejsza.

Oczywiście nie oznacza to, że rozwiązanie węgierskie jest rozwiązaniem lepszym, tym bardziej, jeśli zwrócimy uwagę, że mediacja nie zawsze może znaleźć zastosowanie, co przy jednoczesnym braku środka karnego obowiązku naprawienia szkody znacząco utrudnia dochodzenie pokrzywdzonemu jego praw. Dlatego też należałoby zastanowić się, czy najlepszym rozwiązaniem, korzystając z doświadczeń węgierskich, nie byłoby wprowadzenie modelu mieszanego, polegającego bądź na ograniczeniu stosowania art. 46 k.k. tylko do najcięższych przestępstw, przy jednoczesnym położeniu nacisku na stosowanie mediacji w pozostałym zakresie; bądź też wprowadzenia obowiązku podjęcia próby przeprowadzenia postępowania mediacyjnego przez pokrzywdzonego i sprawcę w wypadku przestępstw o mniejszym ciężarze gatunkowym (trudno wyobrazić sobie taki obowiązek, ze względu na sytuację pokrzywdzonego, w wypadku zbrodni czy innych ciężkich przestępstw) przed zastosowaniem art. 46 k.k. Rozwiązanie takie pozwoliłoby na pełne wykorzystanie zalet mediacji, o których mówi węgierski ustawodawca, przy równoległym zagwarantowaniu pokrzywdzonemu realizacji jego praw.

Spojrzenie węgierskie na prawa pokrzywdzonego, a przede wszystkim na rolę mediacji w postępowaniu karnym, wydaje się dobrym przyczynkiem do dyskusji nad kształtem polskich uregulowań prawnych czerpiących z idei sprawiedliwości naprawczej.

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 29 września 2009 roku, III KK 105/09¹

Czasem popełnienia czynu ciągłego jest okres od pierwszego zachowania składającego się na ten czyn do zakończenia ostatniego z nich. Jeżeli jednak sprawca czynu zabronionego niewymienionego w art. 10 § 2 k.k. część zachowań składających się na czyn ciągły zrealizował jako nieletni, a pozostałe zachowania po ukończeniu 17 lat, to ponosi odpowiedzialność karną tylko za te zachowania, których dopuścił się po osiągnięciu tego wieku.

Komentowane orzeczenie dotyczy w pierwszej kolejności zagadnienia czasu popełnienia czynu zabronionego charakteryzującego się ciągłością w rozumieniu art. 12 k.k. W kontekście twierdzenia Sądu Najwyższego na temat zależności pomiędzy wiekiem sprawcy a możliwością ponoszenia odpowiedzialności karnej za wszystkie zachowania wchodzące w skład czynu ciągłego wyłania się drugi interesujący problem związany z określeniem funkcji art. 10 § 1 i 2 k.k.

Orzeczenie zapadło w następującym stanie faktycznym. Oskarżony Tomasz W. w okresie od maja 2003 roku do sierpnia 2006 roku obcował płciowo z małoletnią siostrą Justyną W., wykorzystując bezradność wynikającą z jej upośledzenia umysłowego. Oskarżony ukończył 17 rok życia dnia 28 lutego 2005 roku, a zatem w maju 2003 roku miał 15 lat. Sądy obu instancji przyjęły, że czyn oskarżonego został popełniony w warunkach ciągłości i wszystkie zachowania podjęte od maja 2003 roku do sierpnia 2006 roku wchodzą w skład czynu ciągłego, wyczerpującego znamiona art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 198 k.k. w zw. z art. 201 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. W kasacji wniesiono o uchylenie obu wyroków i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania – wniosek został podzielony przez Prokuratora Okręgowego w pisemnej odpowiedzi na kasację oraz przez prokurator Prokuratury Krajowej występującą na rozprawie kasacyjnej. Sąd Najwyższy uchylił oba orzeczenia i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania.

¹ „Biuletyn Prawa Karnego” 2009, nr 9, s. 8–12 (<http://www.sn.pl/orzecznictwo>).

Czas popełnienia czynu ciągłego

W omawianej sprawie przedmiotem prawno-karnej oceny stał się fakt wielokrotnego obcowania płciowego przez oskarżonego z jego małoletnią siostrą. Sądy przyjęły, że działania oskarżonego podejmowane w krótkich odstępach czasu stanowiły wykonanie z góry powziętego zamiaru, a zatem zostały zrealizowane w warunkach ciągłości na zasadzie art. 12 k.k. Jednocześnie w realiach niniejszej sprawy określenie czasu popełnienia czynu zabronionego znamiennej ciągłością okazało się szczególnie istotne, ponieważ oskarżony podejmował wymienione działania od maja 2003 roku do sierpnia 2006 roku, czyli do 27 lutego 2005 roku jako osoba, która nie ukończyła 17 roku życia, zaś od 28 lutego 2005 roku jako osoba, która ukończyła 17 lat, co w opinii Sądu Najwyższego istotnie modyfikuje możliwość pociągnięcia oskarżonego do odpowiedzialności karnej za wszystkie zachowania spięte klamrą ciągłości w rozumieniu art. 12 k.k. Idąc tym tokiem rozumowania i wyprzedzając rozważania na temat normatywnej istoty art. 10 § 1 oraz 2 k.k., podejmowane w drugiej części glosy, już teraz wypada zauważyć, że art. 10 § 1 k.k. stanowi: „Na zasadach określonych w tym kodeksie odpowiada ten, kto popełnia czyn zabroniony po ukończeniu 17 lat”. Jeżeli w wymienionym przepisie ustawodawca wypowiada się o popełnieniu czynu zabronionego, to w pierwszej kolejności należałoby ustalić, czy został popełniony czyn zabroniony, a ponadto postawić pytanie o czas popełnienia czynu zabronionego, za który ma odpowiadać osoba, która ukończyła 17 rok życia, ponieważ w przytoczonym przepisie ustawodawca usytuował problem popełnienia czynu zabronionego w kontekście wieku sprawcy. Realizacja znamion wymienionych na wstępie typów czynu zabronionego nie wzbudzała w omawianej sprawie kontrowersji, zatem wydaje się słuszne, aby w pierwszej kolejności przeanalizować twierdzenie Sądu Najwyższego dotyczące czasu popełnienia czynu zabronionego charakteryzującego się ciągłością w rozumieniu art. 12 k.k.

Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że czas popełnienia czynu ciągłego jest to okres od pierwszego zachowania składającego się na czyn ciągły do zakończenia ostatniego z nich². Z powyższego sformułowania wynika, że dokonując określenia czasu popełnienia czynu zabronionego znamiennej ciągłością, Sąd Najwyższy bierze pod uwagę moment zaistnienia pierwszego i ostatniego zachowania się sprawcy. Nie ulega wątpliwości, że zachowania wchodzące w skład czynu ciągłego w sensie realnym charakteryzują się własnym czasem działania lub zaniechania sprawcy. Momenty popełnienia pierwszego i ostatniego z zachowań spiętych klamrą ciągłości Sąd Najwyższy uznaje za granice okresu stanowiącego czas popełnienia czynu ciągłego. Taki sposób wyznaczania czasu popełnienia czynu ciągłego może budzić wątpliwości w świetle 6 § 1 k.k. Na mocy tego przepisu czyn zabroniony uważa się za popełniony w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był zobowiązany. Kryterium wyznaczania czasu popełnienia czynu zabronionego jest czas działania lub zaniechania sprawcy. W tym kontekście należy postawić pytanie, czy dla określenia czasu popełnienia czynu ciągłego jest istotny moment zaistnienia

² Podobny pogląd prezentuje A. Wąsek w *Kodeksie karnym...*, zob. *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski et. al., Gdańsk 2002/2003, s. 176–177.

poszczególnych zachowań znamionnych ciągłością w rozumieniu art. 12 k.k., jak przyjmuje Sąd Najwyższy, czy też konstrukcja czynu ciągłego przesądza o konieczności innego zapatrywania się na podstawę prawno-karnego wartościowania w przypadku zaistnienia przesłanek z art. 12 k.k. Rozstrzygnięcie tej kwestii może wpłynąć na sposób ustalenia czasu działania lub zaniechania, koniecznego do określenia czasu popełnienia czynu zabronionego, na zasadzie art. 6 § 1 k.k. Aby odpowiedzieć na powyższe pytanie, należałoby bliżej przyjrzeć się treści art. 12 k.k.

Wymieniony przepis znajdujący się w rozdziale „Zasady odpowiedzialności karnej” w istocie precyzuje zasady tej odpowiedzialności w zakresie wyodrębnienia przedmiotu wartościowania pod kątem realizacji znamion czynu zabronionego w wypadkach spełnienia przesłanek zawartych w tym przepisie. Podkreślenia wymaga powszechnie aprobowany w literaturze i orzecznictwie pogląd, że art. 12 k.k. stanowi instytucję prawa karnego materialnego, co oznacza obligatoryjność jego stosowania³. A zatem zaistnienie z góry powziętego zamiaru oraz krótki odstęp czasu pomiędzy poszczególnymi zachowaniami sprawcy, jak i tożsamość pokrzywdzonego w przypadku zamachu na dobro osobiste, stanowią przesłanki do uznania wszystkich zachowań danej osoby za jeden czyn zabroniony. W takiej sytuacji podstawą dalszego wartościowania jest „ten sam czyn” w rozumieniu art. 11 § 1 k.k.⁴, czyli – mówiąc precyzyjnie – w odniesieniu do terminologii z art. 12 k.k. – jedno zachowanie sprawcy. Niewątpliwie ma rację P. Kardas, stwierdzając, że „objaśnienie istoty czynu ciągłego nie jest możliwe bez określenia wzajemnych relacji pojęć «zachowanie», «czyn», «czyn zabroniony»”⁵. Należy więc stwierdzić, że zaistnienie przesłanki z góry powziętego zamiaru oraz krótkiego odstępu czasu między poszczególnymi czynnościami w znaczeniu naturalnym („zachowaniami” w rozumieniu art. 12 k.k.), oznacza obligatoryjność potraktowania wszystkich zachowań spiętych klamrą ciągłości jako jednego zachowania, następnie wartościowanego w odniesieniu do przepisów typizujących zachowania zabronione pod groźbą kary. Powyższe stwierdzenie wynika z definicji pojęcia „czynu zabronionego”, umieszczonej w art. 115 § 1 k.k. Czynem zabronionym jest z a c h o w a n i e o znamionach określonych w ustawie karnej. Ze względu na językową jednoznaczność definicji z art. 115 § 1 k.k. nie może ona zostać przełamana z jakiegokolwiek powodu⁶. W tym świetle nie może budzić wątpliwości, że dwa lub więcej zachowań, podjętych w krótkich odstępach czasu w celu wykonaniu z góry powziętego zamiaru, uważa się za jedno zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej, czyli jeden czyn zabroniony.

W punkcie wyjścia procesu prawno-karnego wartościowania danego *continuum* rzeczywistości, zawsze stanowiącego rozciągnięty w czasie kompleks ludzkich zachowań, regulacja zawarta w art. 12 k.k. znosi wielość realnych zachowań sprawcy na rzecz potraktowania ich jako jednego zachowania o znamionach określonych w ustawie karnej. Z tego powodu,

³ Zob. w szczególności komentarz P. Kardasa w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas et al., Kraków 2004, s. 208.

⁴ Zob. P. Kardas, *Okoliczności wyłaczające przestępczość lub karalność zachowania a konsekwencje czynu ciągłego*, ProkiPr., 2008, nr 1, s. 8.

⁵ *Ibidem*, s. 16.

⁶ Zob. komentarz J. Majewskiego w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas et al., Kraków 2004, s. 1379.

dla podkreślenia normatywnego charakteru konstrukcji czynu ciągłego, w treści art. 12 k.k. ustawodawca posłużył się sformułowaniem „uważa się”. Zasada przekształcenia wielości zachowań w „jeden czyn zabroniony” w sensie „tego samego czynu” polega na „uważaniu za” jedno zachowanie wielu czynności w znaczeniu realnym. Stwierdzenie, że te ostatnie „stanowią” jedno zachowanie, przeczyłoby hipotezie art. 12 k.k., który mówi o zaistnieniu co najmniej dwóch zachowań w znaczeniu naturalnym. Jeżeli zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 12 k.k., wiele zachowań w znaczeniu naturalnym „uważa się” za jedno zachowanie i na tej podstawie dokonuje się jego dalszej prawno-karnej oceny. Przedmiotem wartościowania, ustalonym w oparciu o regulację z art. 12 k.k., jest pojedyncze zachowanie sprawcy w sytuacji ewidentnej wielości zachowań w znaczeniu naturalnym⁷.

Powyższe ustalenia korespondują z unormowaniem art. 11 § 1 oraz 2 k.k. „Ten sam czyn” (ta sama podstawa wartościowania) może stanowić tylko jedno przestępstwo, natomiast nic nie stoi na przeszkodzie, aby ten sam czyn realizował znamiona kilku typów czynu zabronionego, to znaczy stanowił zachowanie o znamionach określonych w kilku przepisach ustawy karnej. W tym kontekście ustawodawca odróżnił sformułowanie „jedno przestępstwo” (art. 11 § 1 k.k.) od pojęcia „jeden czyn zabroniony” (art. 12 k.k.). Przepisy art. 11 k.k. ustanawiają zasady rządzące sytuacją, gdy to samo zachowanie będące przedmiotem wartościowania – a więc bądź to jedna czynność w znaczeniu naturalnym, bądź jedno zachowanie wyodrębnione jako takie wskutek interpretacji pewnego *continuum* rzeczywistości z uwzględnieniem wyrażenia „ten sam czyn” lub na zasadzie art. 12 k.k. – wyczerpuje znamiona zachowania stypizowanego w dwóch albo więcej przepisach ustawy. W tym wypadku mamy do czynienia z jednym przestępstwem. W wymienionym przepisie nie było potrzeby stosowania wyrażenia „uważa się”, bowiem „przestępstwo” jest konstrukcją normatywną. Natomiast art. 12 zawiera określenie swego rodzaju procedury zinterpretowania sytuacji, w której dwa lub więcej zachowań w znaczeniu realnym zostało podjętych w wykonaniu z góry powziętego zamiaru oraz w krótkich odstępach czasu, ewentualnie przy tożsamości pokrzywdzonego w wypadku zamachu na dobro osobiste. Zachowania podjęte w warunkach opisanych w art. 12 „uważa się” za jedno zachowanie,

⁷ Pomimo powszechnej aprobaty dla stwierdzenia, że każde z zachowań wchodzących w skład czynu ciągłego „jest odrębnym czynem jedynie w znaczeniu naturalnym, natomiast ustawodawca może traktować tę wielość czynów jako prawną jedność” (A. Marek, J. Lachowski, *Niektóre problemy wynikające z „jednoczynowości” przestępstwa ciągłego*, Prok.iPr. 2004, nr 11–12, s. 7; por. literatura cytowana w powyższym tekście, a także P. Kardas w: *Kodeks karny...*, *op.cit.*, s. 197), jednak – co zastanawiające – z powyższego stwierdzenia nie wyprowadza się ewidentnego wniosku, że w sytuacji spełnienia przesłanek czynu ciągłego dalszemu wartościowaniu podlega już wyłącznie „jedno zachowanie się”. Ilustracją wymienionego zjawiska może być stwierdzenie P. Kardasa, że „mimo niewątpliwej «jednoczynowości» czynu ciągłego nietrudno dostrzec różnice między tą konstrukcją a przestępstwami jednoczynowymi popełnianymi jednym skondensowanym, monolitycznym zachowaniem. Zasadnicza odmienność związana jest z podstawą prawno-karnego wartościowania, którą w przypadku przestępstw «klasycznie» jednoczynowych jest jedno zwarte zachowanie, zaś w przypadku czynu ciągłego kompleks dwóch lub więcej zachowań, które z mocy wyraźnego postanowienia ustawy karnej w określonych przypadkach traktowane są jako jedna całość” (*idem*, *Okoliczności...*, *op.cit.*, s. 7). Umieszczenie art. 12 w strukturze części ogólnej kodeksu karnego w rozdziale „Zasady odpowiedzialności karnej”, tuż po art. 11 k.k., wskazuje na to, że funkcją wymienionego przepisu jest właśnie zmodyfikowanie podstawy prawno-karnego wartościowania dla procesu oceny spełnienia pozostałych przesłanek warunkujących odpowiedzialność karną.

jako tę samą podstawę dalszego wartościowania. Ustawodawca nakazuje „uważać” wiele zachowań (faktycznych czynności człowieka) za jedno zachowanie w kontekście art. 11 § 1 k.k., albowiem pojęcie zachowania ma swój desygnat w rzeczywistości pozanormatywnej (stanowi empiryczną – realną – podstawę wartościowania w prawie karnym). Jeżeli jedno zachowanie, wyodrębnione na podstawie regulacji z art. 12 k.k., wyczerpuje znamiona określone w kilku przepisach ustawy karnej, znajduje zastosowanie reguła z art. 11 § 1 oraz 2 k.k., czyli zachowanie stanowi jedno przestępstwo kwalifikowane kumulatywnie na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów.

Przeprowadzone rozważania pokazują, że podstawą wartościowania w przypadku spełnienia przesłanek z art. 12 k.k. jest zawsze jedno zachowanie wyczerpujące znamiona jednego albo większej ilości typów czynu zabronionego. Skoro mamy do czynienia z jednym zachowaniem (tym samym czynem w rozumieniu art. 11 § 1 k.k.), które jest działaniem albo zaniechaniem, to reguły wyznaczające czas owego działania albo zaniechania nie mogą różnić się od reguł wyznaczania czasu działania albo zaniechania sprawcy popełniającego inny, dowolny czyn zabroniony. Na mocy art. 6 § 1 k.k. czyn zabroniony uważa się za popełniony w czasie działania albo zaniechania sprawcy. Funkcją omawianej regulacji nie jest wskazanie na zakres trwania czynności (jej przebieg czasowy), lecz wyznaczenie dokładnego momentu relewantnego dla określenia skutków prawnych popełnionego czynu. Precyzyjne wyznaczenie możliwie najdokładniejszego momentu popełnienia czynu zabronionego jest szczególnie doniosłe ze względu na skutki prawne wynikające z faktu popełnienia przestępstwa, w szczególności dla samego sprawcy czynu. Skłania to do przyjęcia stanowiska, że czasem popełnienia czynu zabronionego nie jest „przedział czasu”, lecz jest nim raczej punkt na osi czasu (czyn zabroniony jest popełniony w jednym czasie). Uwagi poczynione w odniesieniu do sformułowania „uważa się” z art. 12 k.k. pozostają aktualne także na gruncie art. 6 § 1 k.k. Czas popełnienia czynu zabronionego jest tworem normatywnym, a nie koniecznym odzwierciedleniem realności świata fizycznego. Pomimo oczywiście możliwej różnicy czasowej pomiędzy momentami zaistnienia pewnych czynności w znaczeniu naturalnym („fizjologicznych jednostek czynu”⁸), czas działania lub zaniechania w rozumieniu art. 6 § 1 k.k. stanowi określenie czasu popełnienia c z y n u z a b r o n i o n e g o , a nie czasu każdej realnej czynności polegającej na podjęciu przez sprawcę pewnego kompleksu ruchów swojego ciała albo zaniechaniu wymaganej przez prawo aktywności. Tenże czyn zabroniony jest na mocy art. 12 k.k. jednym zachowaniem się („tym samym czynem”) i to jego czas popełnienia jest relewantny w perspektywie odpowiedzialności karnej sprawcy.

Na marginesie można wskazać na istotne podobieństwo pomiędzy konstrukcją czynu ciągłego a przestępstwami wieloczynnościowymi, trwałymi, zbiorowymi czy wieloodmianowymi. We wszystkich tych wypadkach rodzi się analogiczny problem określenia czasu popełnienia czynu zabronionego. Ze względu na podobieństwo konstrukcji czynu ciągłego do wymienionych przestępstw znamienych wielością zachowań w znaczeniu naturalnym bądź trwałością bezprawnego zamachu ze strony sprawcy określanie czasu popełnienia

⁸ P. Kardas, *Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw*, Kraków 1999, s. 37.

czynu zabronionego należącego do każdego z wymienionych rodzajów powinno być oparte na jednakowych kryteriach⁹. Jednakże w świetle dotychczas przeprowadzonych rozważań na temat podstawy wartościowania w przypadku czynu ciągłego, można w tym miejscu zasygnalizować jeszcze jeden problem dotyczący – jak można rzec – relacji pomiędzy wielością czynności człowieka w znaczeniu naturalnym a sferą pojęć opisujących wymienione czynności. Nie ulega wątpliwości, że niektóre pojęcia języka naturalnego nie oznaczają pojedynczych zachowań człowieka, lecz całe kompleksy czynności ludzkich, powtarzających się bądź podejmowanych periodycznie. „Znęcanie się nad dzieckiem” nie oznacza pojedynczej czynności, która pojawia się momentalnie i po chwili ustaje, lecz odnosi się do dłuższego przedziału czasowego, w którym owa czynność przybiera postać pewnego procesu, znamiennego wieloma czynnościami ze strony sprawcy, które ze względu na ich naturę jesteśmy skłonni łącznie określić za pomocą wymienionego pojęcia. Znaczenie pojęcia „znęcania się” zostało przeniesione z języka naturalnego na grunt ustawy karnej, która czyn opisany w art. 207 § 1 k.k. uznaje za przestępstwo wieloczynnościowe (jednocześnie podstawą odpowiedzialności jest „ten sam czyn” w znaczeniu art. 11 § 1 k.k.). Ocena czasu popełnienia wymienionego czynu zabronionego dotyczy oceny momentu działania polegającego na „znęcaniu się”, bez rozróżniania elementów składających się na *definiens* definicji wymienionego pojęcia, czyli nie wyróżniając poszczególnych czynności sprawcy. Oczywiście wyznaczenie czasu popełnienia czynu zabronionego nie oznacza zniesienia pełnej charakterystyki danego czynu na rzecz jedynie ostatniej czynności sprawcy, albowiem – jak powiedziano – ocena czasu popełnienia danego czynu zabronionego dokonuje się bez odróżniania poszczególnych zachowań w znaczeniu naturalnym, zawierających się w znaczeniu pojęcia stanowiącego znamię czynu zabronionego¹⁰.

Powyższe uwagi w całości odnoszą się do sytuacji określania czasu popełnienia czynu ciągłego. Sprawca czynu ciągłego odpowiada za jedno zachowanie, opisane znamionami zawartymi w przepisie ustawy karnej albo przepisie pozakodeksowym, którego czas popełnienia należy oceniać bez rozróżniania w tym celu poszczególnych zachowań w znaczeniu naturalnym. Tak jak znamię „znęcania się” na mocy art. 207 § 1 k.k. opisuje „ten sam czyn”,

⁹ Zob. *Idem*, *Okoliczności...*, *op.cit.*, s. 15, a także: Postanowienie SA w Lublinie z 17 stycznia 2002 r., II KKN 45/01, LEX nr 53020.

¹⁰ Co ciekawe, identyczne uwagi można poczynić odnośnie do przeważającej większości znamion czasownikowych z kodeksu karnego. „Powodowanie śmierci” z art. 155 k.k. również może składać się z wielu „drobnych” czynności w znaczeniu realnym, które dopiero jako pewien kompleks mogą zostać potraktowane jako jedno zachowanie prowadzące do skutku w postaci śmierci człowieka. Również w tym wypadku ma zastosowanie reguła z art. 11 § 1 k.k. wymagająca stwierdzenia, czy mieliśmy do czynienia z „tym samym czynem”. Jednocześnie, w odniesieniu do czynu zabronionego popełnionego „jednym monolitycznym zachowaniem”, dotychczas nie podnoszono postulatu, aby czas jego popełnienia określać jako „okres” pomiędzy początkiem działania (lub zaniechania) a ostatnią czynnością składającą się w sensie naturalnym na kompleks ruchów ciała człowieka (lub końcowym momentem, gdy osoba dopuszczająca się zaniechania jeszcze mogła wykonać ciążący na niej obowiązek) traktowany jako „to samo” zachowanie się w znaczeniu art. 11 § 1 k.k. Odnośnie do problemów związanych z określeniem tożsamości czynu zob. np. J. Majewski, *„Ten sam czyn” jako jedna z przestępstw kumulatywnej kwalifikacji w: Zbieg przepisów i zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2006, s. 39 i n.; a także wyczerpującą pracę P. Kardasa, *Przestępstwo ciągłe...*, *op. cit.*, *passim* oraz prace cytowanych tam autorów.

charakteryzowany wieloma czynnościami w znaczeniu realnym, tak „obcowanie płciowe” popełnione w warunkach ciągłości oznacza jedno zachowanie w znaczeniu normatywnym stanowiące „ten sam czyn”, na który składa się kompleks wielu zachowań w sensie realnym. W kontekście wyznaczania czasu popełnienia czynu ciągłego kompleks zachowań, o których mowa w art. 12 k.k. („dwa lub więcej zachowań”), jest irrelevantny jako wielość, natomiast istotny jako jedno zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej.

Potraktowanie czasu popełnienia czynu zabronionego znamiennej ciągłością jako momentu, a nie okresu, czyni zadość przede wszystkim uregulowaniu art. 12 k.k. oraz wprowadza spójność w rozstrzyganiu o czasie popełnienia innych czynów zabronionych znamienych wielością zachowań w znaczeniu naturalnym. Odpowiada to również intuicjom historycznego ustawodawcy, który „powołując do życia” instytucję czynu ciągłego, zdawał sobie sprawę ze wszystkich konsekwencji potraktowania czynu ciągłego jako jednego czynu zabronionego¹¹. W realiach niniejszej sprawy ocena czasu popełnienia czynu ciągłego jest oceną czasu popełnienia jednego zachowania się w formie działania, opisanego przez znamiona zabronionego zachowania sprowadzającego się do obcowania płciowego przez oskarżonego z małoletnią siostrą, z wykorzystaniem jej bezradności wynikającej z upośledzenia umysłowego. Na mocy art. 12 k.k. oskarżony popełnił jeden czyn zabroniony. Należy uznać, że wymieniony jeden czyn zabroniony został popełniony w momencie opisanym pojęciem „obcowanie płciowe”. W świetle powyższej argumentacji wydaje się zasadne, aby za czas popełnienia czynu ciągłego uważać ostatni moment działania sprawcy. Ustalając czas jego popełnienia, należy wziąć pod uwagę jeden moment działania sprawcy, który miał miejsce w nieustalonym dniu w sierpniu 2006 roku.

Podsumowując ten fragment rozważań, należałoby stwierdzić, że zapatrywanie Sądu Najwyższego na czas popełnienia czynu ciągłego uchybia przepisom art. 6 § 1 k.k., art. 12 k.k. w zw. z art. 115 § 1 k.k., i z tego powodu nie zasługuje na aprobatę.

Odpowiedzialność za czyn ciągły a granica wieku z art. 10 § 1 i 2 k.k.

Jak można przypuszczać, w odczuciu Sądu Najwyższego potraktowanie czasu popełnienia czynu ciągłego jako okresu mierzonego pierwszym i ostatnim zachowaniem podjętym w warunkach ciągłości miało wyeliminować trudność związaną z koniecznością uzasadnienia odpowiedzialności sprawcy siedemnastoletniego za ten „fragment” czynu ciągłego, który nastąpił przed ukończeniem przez niego wieku, o jakim mowa w art. 10 § 1 k.k. – trudność ta w odczuciu Sądu Najwyższego i wielu komentatorów powstaje w wyniku uznania, że czasem popełnienia czynu ciągłego jest moment ostatniego działania lub zaniechania sprawcy czynu ciągłego. Wydaje się, że w obliczu konieczności potraktowania wielości

¹¹ „Czas popełnienia takiego czynu, z wszystkimi tego konsekwencjami w sferze odpowiedzialności karnej, należy ustalać na czas dokonania ostatniego aktu działania sprawcy składającego się na «czyn ciągły»: *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, red. I. Friedrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak, Warszawa 1997, s. 124. Wydaje się, że w zacytowanym uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu karnego podkreślono aprobowany przez projektodawcę sposób ustalania czasu popełnienia czynu ciągłego w celu wyeliminowania możliwych wątpliwości w tym zakresie mogących pojawić się w zestawieniu art. 12 z innymi przepisami określającymi sferę odpowiedzialności karnej.

zachowań w znaczeniu naturalnym jako normatywnej jedności na podstawie art. 12 k.k. zdaniem Sądu Najwyższego o wiele łatwiej było uzasadnić zabieg wyeliminowania odpowiedzialności oskarżonego za okres sprzed ukończenia 17 lat za pomocą stwierdzenia, że „czasem popełnienia czynu ciągłego jest okres od pierwszego zachowania składającego się na ten czyn do zakończenia ostatniego z nich”.

Jednak przyjęcie takiego stanowiska – wbrew oczekiwaniom Sądu – zrodziło zasadniczą trudność w kontekście regulacji z art. 10 § 1 k.k., czego Sąd Najwyższy prawdopodobnie w ogóle nie wziął pod uwagę, na co może wskazywać brak uzewnętrznienia tejże wątpliwości w uzasadnieniu komentowanego orzeczenia. Otóż potraktowanie czasu popełnienia jednego czynu zabronionego jako okresu pomiędzy pierwszym a ostatnim z zachowań składających się na czyn ciągły, w którym to okresie przebiega granica wieku określona w art. 10 § 1 (a także § 2) k.k., zmusza do sformułowania podstawowego pytania, czy wymieniony czyn zabroniony został popełniony po ukończeniu przez sprawcę 17 lat, czy też nie? Należy przypomnieć, że w świetle art. 6 § 1 k.k. czyn zabroniony popełniony jest zawsze w jednym czasie. Dla Sądu Najwyższego czasem popełnienia czynu ciągłego jest okres (wyodrębniony odcinek czasu), który z uwzględnieniem funkcji art. 6 § 1 k.k. powinien być rozumiany jako jednostka – punkt na osi czasu – nie zaś „przedział czasu”. Pozytywna odpowiedź na sformułowane przed momentem pytanie może zasadzać się wyłącznie na swego rodzaju „uprzywilejowaniu” tego „fragmentu” okresu stanowiącego jednostkę określającą czas popełnienia czynu ciągłego, który na osi czasu sytuuje się po ukończeniu 17 roku życia przez sprawcę. Jednakże na jakiej podstawie mielibyśmy zważać na okres po ukończeniu przez oskarżonego 17 lat, a nie postąpić wręcz przeciwnie i na korzyść sprawcy położyć nacisk na okres poprzedzający moment osiągnięcia wieku, o którym mowa w art. 10 § 1 k.k.? Mogłoby to prowadzić do stwierdzenia, że czyn ciągły nie został popełniony po ukończeniu przez oskarżonego 17 roku życia. Komentowany w niniejszej glosie pogląd Sądu Najwyższego, który w zamiarze Sądu miał zneutralizować trudność pojawiającą się w kontekście podstaw odpowiedzialności za czyn ciągły w okolicznościach, jakie zaistniały w realiach omawianej sprawy, w rzeczywistości prowadzi do paradoksalnej sytuacji, w której równouprawnione jest stwierdzenie, że czyn zabroniony znamienity ciągłością równocześnie został popełniony po ukończeniu przez sprawcę 17 lat, jak i nie został popełniony po ukończeniu przez sprawcę 17 lat, co oczywiście stawia pod znakiem zapytania odpowiedzialność oskarżonego na zasadach określonych w kodeksie karnym.

Wydaje się, że jedynym konsekwentnym rozwiązaniem trudności implikowanej przez potraktowanie czasu popełnienia czynu ciągłego jako okresu może być stwierdzenie, że czyn zabroniony przypisany oskarżonemu obejmuje tylko zachowania w sensie realnym podjęte od dnia, w którym sprawca ukończył 17 lat. Oznaczałoby to, że okres wyznaczający normatywną jednostkę stanowiącą czas popełnienia czynu zabronionego rozpoczyna się w momencie osiągnięcia przez sprawcę wieku dojrzałości¹². Niestety, próba rozwiązania tego problemu w sposób omówiony powyżej jest skazana na niepowodzenie. Wynika z niej bowiem, że sprawca popełnił w istocie dwa czyny zabronione, których czas

¹² Stwierdzenie to opiera się na poglądzie wyrażanym w piśmiennictwie, że „w skład przestępstwa ciągłego mogą być zaliczone tylko te zachowania, co do których nie zachodzi negatywna przesłanka procesowa”: Z. Cwiakalski, *Ujawnienie przestępstwa na podstawie art. 229 § 6 k.k. a przyjęcie konstrukcji tzw. czynu ciągłego*, w: *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70 rocznicy urodzin Profesora A. Gaberle*, Kraków 2007, s. 32.

pełnienia jest wyznaczany przez okresy od bliżej nieustalonego dnia z marca 2003 roku do wigilii jego siedemnastych urodzin (który pomijamy jako nie spełniający wymogu z art. 10 § 1 k.k.) oraz od 28 lutego 2005 roku do zakończenia ostatniego zachowania polegającego na obcowaniu płciowym ze swoją siostrą (za który sprawca mógłby ponieść odpowiedzialność karną). Powyższy wniosek ujawnia wewnętrzną sprzeczność w całym toku rozumowania, prowadzi bowiem do zanegowania wyjściowego ustalenia, że ma zastosowanie art. 12 k.k. obligujący Sąd do potraktowania wszystkich zachowań oskarżonego jako jednego czynu zabronionego. W tym świetle wydaje się dostatecznie uzasadnione odrzucenie tezy, że czas popełnienia czynu ciągłego jest okresem, na rzecz stwierdzenia, że o czasie popełnienia czynu ciągłego, który jest momentem w kontinuum rzeczywistości, decyduje ostatni moment działania lub zaniechania sprawcy.

Dotychczasowa krytyka czyni nieodzownym podjęcie próby sformułowania bardziej adekwatnych zasad odpowiedzialności za czyn ciągły w kontekście granicy wieku z art. 10 § 1 i 2. Po pierwsze należy zauważyć, że analiza przeprowadzona w pierwszej części glosy stanowi punkt wyjścia dla rozpatrywania możliwości pociągnięcia osoby, która ukończyła 17 rok życia, do odpowiedzialności na zasadach określonych w kodeksie karnym. Albowiem przepis art. 10 § 1 k.k. stanowi, że osoba, która ma odpowiadać na zasadach określonych w ustawie karnej, musi popełnić czyn zabroniony w czasie, który będzie albo pokrywał się z punktem, albo następował „po” punkcie na osi czasu oznaczającym dzień ukończenia przez sprawcę 17 roku życia. Stwierdzenie popełnienia czynu zabronionego oraz oznaczenie czasu jego popełnienia jest pierwotne wobec ustalenia, czy dana osoba z racji swojego wieku może odpowiadać na zasadach określonych w kodeksie karnym. Ocena, czy i w jakim czasie został popełniony czyn zabroniony, powinna zostać przeprowadzona w oparciu o przepisy określające typy czynu zabronionego, z uwzględnieniem specyfiki pewnych czynów zabronionych (trwałych, wieloczynnościowych itd.) oraz na podstawie reguł ustalania czasu popełnienia czynu zabronionego z art. 6 § 1 k.k. Jeżeli na tej podstawie uznamy, że czyn zabroniony został popełniony po ukończeniu przez sprawcę 17 lat, osoba taka będzie mogła odpowiadać za ustalony czyn zabroniony na zasadach określonych w kodeksie karnym. Rzecz jasna, pełna charakterystyka czynu zabronionego jest rekonstruowana na podstawie przepisów określających znamiona czynu zabronionego, natomiast określenie momentu jego popełnienia nie może mieć żadnego znaczenia dla struktury i kompletności powyższego opisu.

Przeciwko takiemu pogładowi Sąd Najwyższy formułuje następujący kontrargument: „Chociaż koncepcja jednoczynowa przestępstwa ciągłego nakazuje, by dokonywać oceny całości czynu, a nie jego poszczególnych fragmentów, to nie może to prowadzić do rozstrzygnięć sprzecznych z treścią art. 10 § 1 k.k., który stanowi, że odpowiedzialności karnej podlega jedynie ten, kto w czasie popełnienia czynu zabronionego ukończył 17 lat”. Czy argumentacja Sądu jest słuszna? Czy pomiędzy potraktowaniem czynu ciągłego jako nierozzerwalnej całości a unormowaniem z art. 10 § 1 k.k. może zachodzić jakakolwiek sprzeczność?

Zgodnie z art. 10 § 1 k.k. na zasadach określonych w kodeksie karnym odpowiada ten, kto popełnia czyn zabroniony po ukończeniu 17 lat. Wymieniony przepis został umieszczony w rozdziale „Zasady odpowiedzialności karnej” i formułuje podstawową zasadę

związaną z granicą wieku sprawcy, po osiągnięciu której dana osoba może odpowiadać na zasadach określonych w kodeksie karnym. Jednakże konstrukcja językowa omawianego przepisu wskazuje na to, że nie wyraża on zasady równorzędnej w stosunku do pozostałych zasad omówionych w pierwszym rozdziale kodeksu, lecz zawiera swego rodzaju metanormę warunkującą możliwość zastosowania pozostałych reguł przypisania odpowiedzialności karnej. Elementy dyspozycji wymienionego przepisu stanowią o odpowiedzialności na zasadach określonych w kodeksie karnym, natomiast warunkiem takiej odpowiedzialności jest popełnienie czynu zabronionego oraz ukończenie przez sprawcę 17 lat najpóźniej w czasie popełnienia tego czynu. Oznacza to, że ustalenie popełnienia czynu zabronionego jest pierwotne w odniesieniu do stosowania zasad odpowiedzialności określonych w kodeksie karnym, a także całkowicie niezależne od wieku sprawcy. Z jednej strony popełnienie czynu zabronionego, a z drugiej ukończenie przez sprawcę odpowiedniego wieku stanowią dwie niezależne przesłanki określone w art. 10 § 1 k.k. Ustalenie popełnienia czynu zabronionego jest dokonywane w oparciu o porównanie wartościowego stanu faktycznego z opisem typu zachowania zabronionego pod groźbą kary, a zatem uprzednio z zastosowaniem regulacji z art. 11 oraz 12 k.k. Wiek sprawcy w czasie powzięcia zamiaru oraz poszczególnych zachowań w znaczeniu naturalnym, które składają się na czyn ciągły, nie ma znaczenia dla określenia, czy sprawca popełnił czyn zabroniony. Czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej. Wiek sprawcy nie jest znamieniem czynu zabronionego. Wynika to także z jednoznacznego sformułowania zawartego w art. 1 § 1 pkt 2 w zw. z § 2 pkt 2 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich: czynem karalnym jest między innymi czyn zabroniony przez ustawę jako przestępstwo. A zatem nie tylko osoba, która ukończyła 17 czy 15 rok życia, może dopuścić się czynu zabronionego. Przepisy wymienionej ustawy stosuje się do osób, które popełniły czyn karalny po ukończeniu 13 roku życia, ale nie ukończyły 17 roku życia, zatem nie stosuje się jej do osób, które popełniły czyn karalny przed ukończeniem 13 roku życia. Również dwunastolatek może dopuścić się czynu zabronionego, jednak za ten czyn zabroniony nigdy nie będzie ponosił odpowiedzialności na zasadach określonych w kodeksie karnym oraz ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich, a to dlatego, że w czasie popełnienia czynu zabronionego nie ukończył wymaganego przez te ustawy wieku, a nie z powodu braku popełnienia czynu zabronionego. W interesującym nas kontekście odpowiedzialności za czyn ciągły, jak już zostało powiedziane, ani pierwsze zachowanie, ani żadne inne wchodzące w skład czynu ciągłego a rozumiane jako „część” tego czynu, podjęte w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, nie jest istotne dla określenia czasu popełnienia całego i jednego czynu zabronionego znamiennej ciągłością.

Funkcją przepisów art. 10 k.k. jest określenie granicy wieku, po której przekroczeniu sprawca czynu zabronionego może odpowiadać na zasadach określonych w kodeksie karnym, a przed której osiągnięciem sprawca będzie mógł ponosić odpowiedzialność na zasadach określonych w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich. Decydujące znaczenie ma popełnienie czynu zabronionego oraz wiek sprawcy w czasie jego popełnienia. Należy uznać, że w analizowanej sprawie jeden czyn zabroniony, wyczerpujący znamiona art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 198 k.k. w zw. z art. 201 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k., został popełniony po ukończeniu przez sprawcę 17 lat. Dla zastosowania

art. 10 § 1 k.k. taka informacja jest wystarczająca i wiążąca. Skoro czyn zabroniony został popełniony po ukończeniu przez sprawcę 17 lat, oskarżony odpowiada na zasadach określonych w kodeksie karnym. Pełna charakterystyka przypisanego czynu opiera się o znamiona wszystkich przepisów, które swoim zachowaniem zrealizował sprawca, niezależnie od realnego momentu podejmowania poszczególnych czynności składających się na „ten sam czyn” w znaczeniu art. 11 § 1 k.k. Podsumowując należy stwierdzić, że jeżeli sprawca popełnia czyn ciągły po ukończeniu 17 lat, natomiast w sensie naturalnym część zachowań składających się na czyn zabroniony znamienno ciągłością zostało podjętych przed ukończeniem przez niego wieku określonego w art. 10 § 1 oraz 2 k.k., to zachowania te również zaliczają się do opisu czynu zabronionego przypisanego oskarżonemu, ponieważ stanowią nierozróżnialne składowe jednego czynu zabronionego, popełnionego w czasie, gdy sprawca osiągnął już wiek umożliwiający odpowiedzialność na zasadach określonych w kodeksie karnym.

Na tej podstawie dokonuje się dalsza ocena czynu przypisanego oskarżonemu. Dla oddania całej kryminalnej zawartości czynu należałoby w uzasadnieniu wyroku wyszczególnić ilość oraz opisać charakter czynności realnie podejmowanych przez sprawcę jednego czynu zabronionego. Ponieważ sprawca będzie odpowiadał na zasadach określonych w kodeksie karnym, ma do niego zastosowanie zasada zawinienia określona w art. 1 § 3 k.k. Art. 10 § 1 i 2 k.k., jako metazasada w stosunku do pozostałych zasad określonych w kodeksie karnym, która warunkuje ich zastosowanie w odniesieniu do konkretnej osoby, nie przesądza o zawinieniu sprawcy z racji jego dojrzałości, lecz dopiero umożliwia badanie winy sprawcy siedemnasto- czy piętnastoletniego na zasadzie art. 1 § 3 k.k. Z powyższego stwierdzenia wynika również to, że art. 10 § 1 k.k. nie przesądza braku zawinienia w przypadku sprawcy, który nie ukończył 17 lat, o czym najdobitniej może świadczyć istnienie art. 10 § 2 k.k. Winy ani braku winy nie można domniemywać. Art. 1 § 3 k.k. nakazuje badać winę sprawcy w czasie popełnienia czynu, a zatem w przypadku czynu ciągłego w ostatnim momencie działania albo zaniechania sprawcy. Również w omawianej sprawie Sąd powinien zadać sobie pytanie, czy oskarżony miał dostateczne rozeznanie w systemie norm społecznych umożliwiające uczynienie mu zarzutu z popełnienia czynu zabronionego. Jeżeli w czasie czynu sprawcy można przypisać winę, to należy stwierdzić, że popełnił on przestępstwo scharakteryzowane w sposób omówiony wcześniej.

Pewien problem może pojawić się w sytuacji, gdy w odniesieniu do części zachowań składających się na czyn ciągły powstaną wątpliwości co do winy sprawcy, natomiast będzie on osobą zdolną do przypisania jej winy w czasie popełnienia czynu ciągłego. Może się zdarzyć, że pierwsze zachowanie objęte z góry powziętym zamiarem zostało podjęte przez sprawcę jeszcze niedojrzałego, który nie miał rozeznania w porządku norm społecznych, np. przez osobę piętnastoletnią bądź młodszą. Tego typu wypadek przypomina sytuację, gdy w trakcie podejmowania jednego z zachowań składających się na czyn ciągły sprawca był osobą niepoczytalną. Można spotkać się ze stanowiskiem, że w powyższej sytuacji jest dopuszczalne wyeliminowanie z opisu czynu ciągłego tych fragmentów, które

opisują zachowania popełnione w stanie wyłączającym winę¹³. Na bazie tego poglądu Sąd mógłby w omawianym przypadku wyeliminować z opisu czynu te zachowania, co do których uznałby, że zostały podjęte przez sprawcę nie mającego należytego rozeznania w systemie norm społecznych, a więc niezdatnego do przypisania mu winy.

W omawianej sprawie Sąd Najwyższy pośrednio dokonał takiego zabiegu, stwierdzając, że za ten „fragment” czynu ciągłego, który został podjęty przed ukończeniem przez sprawcę 17 lat, oskarżony nie może ponosić odpowiedzialności. Wymienione posunięcie Sądu Najwyższego należy uznać za niedopuszczalne. Art. 10 § 1 oraz 2 k.k. nie jest podstawą do wyłączenia przestępności czynu z uwagi na brak zawinienia w czasie popełnienia czynu zabronionego. Jako metazasada wymieniony przepis formułuje przesłanki rozpatrywania odpowiedzialności za czyn zabroniony na zasadach określonych w kodeksie karnym. Wymieniona metazasada nie określa warunków zastosowania jej samej, co byłoby nielogiczne. Przepis art. 10 § 1 k.k. nie jest zasadą, o której mowa w tym przepisie w słowach „na zasadach określonych w tym kodeksie”. Jeżeli przepis art. 10 § 1 i 2 k.k. nazwać „zasadą wieku sprawcy”, który to wiek w czasie popełnienia czynu zabronionego jest elementem hipotezy art. 10 § 1 i 2 k.k., to wymieniona zasada nie może być równocześnie elementem dyspozycji tegoż przepisu. Zaproponowany w nazwie wymienionej regulacji przedrostek „meta” w omawianym przypadku wskazuje na nadrzędny poziom językowy oraz odrębną płaszczyznę normowania w odniesieniu do pozostałych zasad odpowiedzialności karnej. Dlatego w stwierdzeniu: „Chociaż koncepcja jednoczynowa przestępstwa ciągłego nakazuje, by dokonywać oceny całości czynu, a nie jego poszczególnych fragmentów, to nie może to prowadzić do rozstrzygnięć sprzecznych z treścią art. 10 § 1 k.k., który stanowi, że odpowiedzialności karnej podlega jedynie ten, kto w czasie popełnienia czynu zabronionego ukończył 17 lat” nastąpiło pomieszanie poziomów języka oraz płaszczyzn normowania poprzez błędne dekodowanie funkcji art. 10 § 1 i 2 k.k. Pomiędzy regulacją z art. 12 i 10 § 1 k.k. nie może zachodzić sprzeczność, bowiem stwierdzanie popełnienia czynu zabronionego – co w pewnych sytuacjach wiąże się z obligatoryjnością zastosowania art. 12 k.k. – stanowi jeden z warunków odpowiedzialności sprawcy na zasadach określonych w kodeksie karnym. Ewentualna „niedojrzałość” sprawcy w czasie popełnienia czynu zabronionego jako negatywna przesłanka procesowa w postaci „braku przestępstwa” (art. 17 § 1 pkt 2 zdanie 2 k.p.k.) może wynikać z art. 1 § 3 k.k., a nie z art. 10 § 1 k.k. Na bazie stanowiska przyjmowanego przez Sąd Najwyższy oceny zawinienia należałoby dokonać odrębnie w odniesieniu do każdego zachowania wchodzącego z skład czynu ciągłego i wyeliminować z opisu czynu zabronionego tylko te zachowania, co do których nie można przypisać sprawcy winy na zasadzie art. 1 § 3 k.k. Natomiast pozostałe zachowania, nawet te podjęte przed ukończeniem wieku, o którym mowa w art. 10 § 1 oraz 2 k.k., składające się na czyn ciągły popełniony po ukończeniu przez sprawcę 17 lat, bezwzględnie muszą pozostać elementem opisu jednego czynu zabronionego znamiennej ciągłością, za który to czyn zabroniony sprawca ponosi odpowiedzialność na zasadach określonych w kodeksie karnym.

¹³ *Kodeks karny...*, op. cit., s. 218.

Niemniej jednak wydaje się, że uwagi poczynione w poprzednim akapicie, chociaż wskazują na niewątpliwą nietrafność komentowanej tezy w zakresie podstawy wyłączenia z opisu czynu ciągłego pewnych zachowań sprawcy, dotyczą sytuacji niedopuszczalnej w świetle wcześniejszych uwag dotyczących czasu popełnienia czynu ciągłego oraz konieczności dokonywania oceny zawinienia na moment popełnienia czynu zabronionego (art. 1 § 3 k.k.). W omawianej sprawie trudno doszukać się uzasadnionych podstaw do wyłączenia odpowiedzialności karnej oskarżonego za czyn ciągły, trafnie opisany przez sądy orzekające w niższych instancjach. Te wszystkie powody skłaniają do całkowicie krytycznego potraktowania analizowanego orzeczenia.

Opinie sądowo-psychiatryczne przy orzekaniu środka zabezpieczającego z art. 94 k.k. – analiza pod względem formalnym

Wstęp

Zgodnie z brzmieniem art. 93 k.k.¹ przed orzeczeniem środka zabezpieczającego sąd obligatoryjnie wysłuchuje lekarzy psychiatrów oraz psychologa. Po nowelizacji wchodzącej w życie w czerwcu² w sprawach osób z zaburzeniami preferencji seksualnych obligatoryjne będzie również wysłuchanie biegłego seksuologa. Choć sąd dokonuje oceny dowodu z opinii biegłych zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów³, w literaturze wskazuje się, iż opinia biegłego może mieć decydujące znaczenie dla rozstrzygnięć sądu⁴, a nawet, że biegły jest w tym zakresie „sędzią w bieli”⁵.

W takiej sytuacji opinie sporządzane przez biegłych powinny cechować się wysokim poziomem, zarówno pod względem formalnym, jak i merytorycznym. Jednak z badań przeprowadzonych w tym zakresie wynika, iż opinie te są obciążone licznymi błędami⁶. Ponie-

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. 1997, Nr 88, poz. 553 ze zm.).

² Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2009, Nr 206, poz. 1589).

³ Por. art. 7 k.p.k.

⁴ Zob. E. Bogdanowicz, D. Hajdukiewicz, *Opinie sądowo-psychiatryczne wydane po obserwacjach szpitalnych w Polsce w latach 1995–1996 – ocena poprawności pod względem formalnym*, „Postępy Psychiatrii i Neurologii” 1997, nr 6, s. 461.

⁵ E. Habzda-Siwek, *Diagnoza stanu psychicznego sprawcy a rozstrzygnięcia w procesie karnym*, Kraków 2002, s. 216.

⁶ E. Bogdanowicz, D. Hajdukiewicz, *Opinie sądowo-psychiatryczne...*, op. cit.; D. Hajdukiewicz, *Ultima ratio stosowania środków zabezpieczających związanych z umieszczeniem w szpitalu psychiatrycznym*, „Psychiatria Polska” 2006, nr 4, s. 645–646.

waż wskazane wyżej badania aktowe prowadzone były na materiale z lat 1995–1996, a więc już ponad dekadę temu, a ponadto dotyczyły tylko opinii sporządzonych po obserwacjach w warunkach szpitalnych, celem niniejszej pracy będzie wskazanie, jak opiniowanie psychiatryczne wygląda obecnie.

Wymogi formalne oraz konstrukcja opinii biegłego

Trudno dokonywać oceny opinii biegłych bez uprzedniego wskazania, jak powinny one modelowo być skonstruowane. Podstawowym przepisem regulującym wymogi formalne, które powinna spełniać prawidłowo sporządzona opinia biegłych, jest art. 200 k.p.k. Zgodnie z jego brzmieniem biegły składa opinię ustnie lub na piśmie, w zależności od polecenia organu procesowego. Opinia sporządzona przez biegłego, zgodnie z przepisami prawa zawsze powinna zawierać: imię, nazwisko, stopień i tytuł naukowy, specjalność i stanowisko zawodowe biegłego, czas przeprowadzonych badań oraz datę wydania opinii, sprawozdanie z przeprowadzonych czynności i spostrzeżeń oraz oparte na nich wnioski, podpisy wszystkich biegłych, którzy uczestniczyli w wydaniu opinii, a także – jeżeli w przeprowadzeniu ekspertyzy uczestniczyły inne osoby – ich imiona i nazwiska oraz pozostałe dane, ze wskazaniem czynności wykonanych przez każdą z nich; w wypadku opinii instytucji – także pełną nazwę i siedzibę instytucji⁷.

W praktyce opinia składa się z: części inicjalnej, w której podaje się dane dotyczące osoby biegłego, organu procesowego, który wydał postanowienie o powołaniu biegłego, sygnaturę akt. W tym miejscu podaje się też czas przeprowadzenia badań (według Sądu Najwyższego wystarczające jest wskazanie dnia, w którym się ono odbyło, a stawianie zarzutu, że opinia nie spełnia wymogów formalnych, gdyż nie podaje czasu „zegarowego”, byłoby sprzeczne z celem i sensem przepisu, który ma umożliwić kontrolę sądu nad dowodem⁸) i datę opinii. W opinii należy wskazać także inne osoby, które uczestniczyły w ekspertyzie (np. laborantów, osoby wykonujące badania neurologiczne), gdyż badania pomocnicze nie muszą być zawsze wykonywane osobiście przez biegłych⁹. Kontrowersyjne jest to, czy należy wskazać również osobę, z którą opinię konsultowano – choć nie ma na to pytanie jednoznacznej odpowiedzi, wydaje się, że nie jest to konieczne, gdyż osoba ta jedynie udziela informacji, biegły natomiast samodzielnie decyduje, czy z nich skorzystać, czy też nie¹⁰. Na końcu części inicjalnej należy wymienić pytania zadane biegłemu przez organ procesowy.

Drugą część opinii powinny stanowić: przedstawienie oraz omówienie metod badawczych i relacja z przeprowadzonych badań. W literaturze podaje się, że im bardziej metoda jest znana (opisana w prawniczych podręcznikach akademickich, powszechnie stosowana w praktyce sądowej), tym bardziej skrótowy może być jej opis. Precyzyjny opis metody powinien się natomiast pojawić, jeżeli jest ona mało znana¹¹. Jeżeli biegły korzystał z akt

⁷ Zob. art. 200 § 2 k.p.k.

⁸ Zob. wyrok SA w Łodzi z dnia 29 kwietnia 2008 r., II AKa 141/07, LEX nr 491926.

⁹ Zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 15 stycznia 2004 r., II AKa 24/03, LEX nr 121510.

¹⁰ T. Widła, w: *Ekspertyza sądowa*, red. J. Wójcikiewicz, Kraków 2002, s. 38.

¹¹ *Ibidem*, s. 39.

sprawy – powinien podać, w jakim zakresie¹². Język tej części opinii powinien być językiem specjalistycznym, aby mogła ona zostać zweryfikowana przez innego biegłego, ale nie powinien zawierać skrótów czy terminów obcojęzycznych, które uniemożliwiałyby jej percepcję przez strony procesowe¹³. W miarę możliwości można się też posłużyć tablicami poglądowymi, które uczynią ją bardziej zrozumiałą dla sądu oraz stron¹⁴.

Ostatnią, lecz zarazem najistotniejszą częścią opinii są wnioski biegłego. Powinny one stanowić odpowiedź na zadane pytania, być wyrażone w sposób zrozumiały dla innych uczestników postępowania, w miarę możliwości w języku prawniczym, i przedstawione w przejrzysty sposób. Wnioski powinny także określać poziom stanowczości opinii (np. prawdopodobne jest, wysoce prawdopodobne jest, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością) oraz być zindywidualizowane (np. uważam, że; w moim przekonaniu itd.)¹⁵ i uzasadnione. Opinia nie może zawierać ocen moralnych ani stosunku emocjonalnego biegłego do osoby badanej¹⁶.

Ponieważ na użytek postępowania w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających należy sporządzić opinię zarówno psychiatryczną, jak i psychologiczną, a niekiedy także seksuologiczną, trzeba rozważyć, jak powinna przebiegać współpraca pomiędzy biegłymi tych specjalności. Po pierwsze, możliwe jest sporządzenie dwóch czy trzech odrębnych opinii, bez jakichkolwiek powiązań między nimi. Po drugie, możliwe jest sporządzenie jednej opinii psychiatrycznej, skonsultowanej z psychologiem i seksuologiem i uwzględniającej ich wnioski. Po trzecie, możliwe jest sporządzenie wspólnie jednej kompleksowej opinii zawierającej wnioski zarówno psychiatrów, jak i psychologa i seksuologa. Po czwarte wreszcie, można sporządzić oddzielne opinie, jednak poprzedzone procesem konsultacji i uwzględniające wyniki badań pozostałych specjalistów¹⁷. Przeprowadzone badania są też próbą odpowiedzi na pytanie, jak współpraca biegłych w zakresie wydania opinii wygląda w praktyce.

Kryteria oceny opinii przez sąd. Najczęstsze wady opinii

Sąd, zgodnie z art. 7 k.p.k., dokonuje swobodnej oceny opinii jako dowodu. Wyraźnie należy wskazać, że biegły pełni rolę służebną wobec sądu i ma jedynie dostarczyć mu specjalistycznych informacji, a nie zadecydować o rozstrzygnięciu, które powinno w sprawie zapaść, choć w praktyce często treść opinii rozstrzygnięcie przesądza. Z tego powodu „fetyszyzacja dowodu naukowego oraz bezkrytyczne przyjmowanie ustaleń biegłego”¹⁸ powinny być

¹² *Ibidem*, s. 39–40.

¹³ J. Przybyś, *Psychiatria sądowa. Opiniowanie w procesie karnym*, Toruń 2003, s. 41.

¹⁴ T. Widła, *op. cit.*, s. 40.

¹⁵ *Ibidem*, s. 41–42.

¹⁶ J. K. Gierowski, T. Jaśkiewicz-Obydzińska, M. Najda, *Psychologia w postępowaniu karnym*, Warszawa 2008, s. 212.

¹⁷ Zob. J.K. Gierowski, *Psychiatria sądowa w Polsce – aktualny stan i perspektywy*, „Palestra” 2003, nr 7–8, s. 113–114; E. Habzda-Siwek, *Diagnoza stanu... op. cit.*, s. 34–41; L. Paprzycki za najlepsze rozwiązanie uznaje napisanie kompleksowej opinii „zawierającej również wnioski biegłych psychologów i podpisanie jej przez wszystkich biegłych – L. Paprzycki, *Udział biegłego psychologa w polskim procesie karnym*, „Palestra” 1998, nr 11–12, s. 62–63.

¹⁸ E. Gruza, *Psychologia sądowa dla prawników*, Warszawa 2009, s. 282.

oceniane negatywnie, tak samo jak uznanie, że opinia biegłego ma większą „wartość dowodową” od innych dowodów zgromadzonych w sprawie¹⁹. Co więcej, brak uzasadnienia, dla czego sąd uznał wartość dowodową opinii biegłego, uniemożliwia kontrolę prawidłowości toku rozumowania przez sąd II instancji. Możliwe jest wskazanie kilku standardów, które pomagają ustalić wartość konkretnej opinii jako dowodu w sprawie. W sprawie *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* z 1993 roku sformułowano tezę, iż sąd powinien ocenić, czy metoda przeprowadzonych badań jest sprawdzalna, czy była przedmiotem publikacji w literaturze fachowej, czy znany jest jej poziom błędu i czy uzyskała akceptację specjalistów²⁰. W sprawie *Frye v. United States* z 1923 roku stwierdzono, że metoda badawcza powinna być powszechnie akceptowana w stosunku do dziedziny, w której się ją stosuje²¹. Sąd powinien także ocenić, czy wyprowadzone przez biegłego wnioski wynikają logicznie z części sprawozdawczej opinii, czy pochodzą z kilku źródeł oraz czy znajdują odzwierciedlenie w zebranych materiale badawczym i dowodowym²². Z powyższych kryteriów można wyciągnąć wniosek, że sąd kontroluje raczej metody pracy biegłego oraz to, czy wykonał swoją pracę rzetelnie, a nie samą treść merytoryczną opinii. Nie oznacza to oczywiście, że sąd nie może tego zrobić, jeżeli dysponuje odpowiednią wiedzą i jeżeli ma wątpliwości *ad meritum* – może próbować je rozwiązać²³.

Pamiętać przy tym należy, że biegły jest autonomiczny w swojej decyzji co do zastosowanych metod badawczych²⁴. Dobierając metodę, biegły powinien jednak kierować się pewnymi wskazaniem, jak: aktualny stan wiedzy w danej dziedzinie nauki, trafność metody (stopień dokładności pomiaru), jej niezawodność (zgodność wyników w przypadku ponawiania badań przez tego samego biegłego oraz innych biegłych o takich samych kwalifikacjach²⁵), popularność, standaryzacja, obiektywizm (niezależność wyników od osoby przeprowadzającej badanie i jego okoliczności)²⁶. Wskazówką mogą być także względy ekonomiki procesowej, które przemawiają za metodami szybszymi i tańszymi, o ile przynoszą one zadowalające rezultaty.

Zdolność do oceny opinii biegłego jako dowodu zależy także od czynników leżących po stronie sądu, jak: stopień wykształcenia, krytycyzm umysłu, przygotowanie do konkretnej sprawy²⁷. Dokonując oceny opinii, sąd może też brać pod uwagę kompetencje biegłego. Wskazuje się, że postępująca specjalizacja w nauce może sprawiać, że sam dyplom ukończenia studiów wyższych nie jest wystarczającym ich wyznacznikiem. Stąd brane pod uwagę powinny być także ukończone szkolenia czy studia podyplomowe²⁸.

¹⁹ J. Witkowska, *Kryteria oceny dowodu z opinii biegłych w przedmiocie stanu zdrowia oskarżonego*, w: *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. XVII, Wrocław 2005, s. 261.

²⁰ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2008, s. 345–346.

²¹ Zob. *Ekspertyza sądowa*, red. J. Wójcikiewicz, s. 21.

²² J.K. Gierowski, T. Jaśkiewicz-Obydzińska, M. Najda, *Psychologia...*, *op. cit.*, s. 211.

²³ J. Witkowska, *Kryteria oceny...*, *op. cit.*, s. 263.

²⁴ Zob. wyrok SN z dnia 31 maja 2007 r., IV KK 85/07, LEX nr 282827; J. Witkowska, *Kryteria oceny...*, *op. cit.*, s. 269.

²⁵ T. Widła, *op. cit.*, s. 32.

²⁶ J.K. Gierowski, T. Jaśkiewicz-Obydzińska, M. Najda, *Psychologia...*, *op. cit.*, s. 211.

²⁷ S. Waltoś, *Proces karny...*, *op. cit.*, s. 260.

²⁸ J.K. Gierowski, T. Jaśkiewicz-Obydzińska, M. Najda, *Psychologia...*, *op. cit.*, s. 203.

Metodologia przeprowadzonych badań

W niniejszym opracowaniu analizie poddano opinie, które znajdują się w aktach postępowań prowadzonych w latach 2004 i 2005 w sądach rejonowych Krakowa-Śródmieścia, Krakowa-Nowej Huty, Krakowa-Podgórze i Krakowa-Krowodrzyw Krakowie. Nie są to jednak wszystkie postępowania, w których powołano biegłych z zakresu psychiatrii, lecz wyłącznie opinie wydane w trakcie orzekania o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środka zabezpieczającego w postaci detencji (art. 94 k.k.). Przedmiotem badania były więc akta 41 postępowań dostępnych w archiwum sądowym w trakcie przeprowadzania badań, a w nich 56 opinii sporządzonych przez biegłych lekarzy psychiatrów.

Aby ocenić opinie psychiatryczne, stworzono model określający elementy, które w opinii powinny się znaleźć. Model ten opiera się na propozycji Kliniki Psychiatrii Sądowej Instytutu Psychiatrii i Neurologii, która stała się podstawą zarządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej w sprawie zasad sporządzania opinii lekarskich dotyczących oskarżonego²⁹, oraz na propozycjach konstrukcji opinii J. Przybysza³⁰, E. Bogdanowicz i D. Hajdukiewicz³¹ oraz J. Heitzmana³². Według przyjętego modelu opinia powinna zawierać wstęp, a w nim: określenie organu zlecającego opinię, podanie sygnatury akt, określenie czasu badania oraz wskazanie, czy badanie było ambulatoryjne, czy przeprowadzono obserwację, określenie danych badanego, podanie kwalifikacji prawnej czynu oraz wskazanie postawionych biegłym pytań. Później kolejno powinny następować części dotyczące: danych z akt sprawy, danych z dokumentacji medycznej (o ile badany był uprzednio leczony), wywiadu psychiatrycznego, określenia stanu psychicznego i stanu somatycznego badanego. Jeżeli opinia wydana była po obserwacji, powinna zawierać także dane dotyczące przebiegu obserwacji oraz ewentualnego leczenia w tym czasie. Opinia powinna być zakończona wnioskami biegłych stanowiącymi odpowiedź na zadane przez organ procesowy pytania. Oceniono także sposób uzasadniania postawionych wniosków.

Opinie psychiatryczne w świetle przeprowadzonych badań

Wszystkie przeanalizowane opinie psychiatryczne zawierały oznaczenie organu, który zlecił ich sporządzenie, oraz sygnatury akt. Także wszystkie zawierały oznaczenie osoby badanej poprzez podanie jej imienia i nazwiska. W niektórych opiniach dodatkowo podano datę urodzenia lub adres zamieszkania. Nie zdarzyło się natomiast, aby wskazano, na jakiej podstawie ustalono tożsamość osoby badanej. Wszystkie opinie zawierały dane dotyczące biegłych, na ogół podane na końcu (jedynie w kilku opiniach pieczętka biegłego znajdowała się także na pierwszej stronie).

²⁹ Zob. zarządzenie z dnia 31 marca 1971 r., (Dz.U. Min. Zdr. i Op. Społ. 1971, Nr 10, poz. 46).

³⁰ J. Przybysz, *Psychiatria sądowa...*, op. cit., s. 42–47.

³¹ E. Bogdanowicz, D. Hajdukiewicz, *Opinie sądowo-psychiatryczne...*, op. cit., s. 463.

³² J. Heitzman, w: *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie*, red. J.K. Gierowski, A. Szymusik, Kraków 1996, s. 50–51.

Na 56 opinii tylko w 2 powołano pytania postawione biegłym przez organ, który ich powołał. W części opinii wskazano, iż są to opinie „co do poczytalności”, ale i to było raczej regułą niż wyjątkiem. Tylko w przypadku 22 opinii (39%) wskazano, czy zostały one wydane w warunkach ambulatoryjnych, czy po przeprowadzeniu obserwacji psychiatrycznej. Możliwe jest wprawdzie ustalenie tego na podstawie całokształtu opinii, aczkolwiek wyraźne wskazanie na początku opinii sprawia, że nie budzi to wątpliwości. W jednym przypadku pomimo wyraźnego wskazania, iż opinia była przeprowadzona w warunkach ambulatoryjnych, z jej treści wynikało, że miała miejsce obserwacja badanego na oddziale psychiatrycznym.

Najpoważniejszą wadą części początkowej opinii był brak wskazania daty przeprowadzenia badania. Wprawdzie w niektórych opiniach informacja ta podana jest w części dotyczącej przeprowadzonego badania, jednak aż w 27 opiniach (48%!) nie udało się daty badania w ogóle ustalić. W tym przypadku zachodzi także dysproporcja między opiniami sporządzonymi w warunkach ambulatoryjnych a opiniami sporządzonymi po obserwacji. W tych ostatnich data badania określona jest prawie zawsze (z jednym wyjątkiem, gdy podano datę rozpoczęcia obserwacji, a nie podano daty jej zakończenia). W związku z tym odsetek opinii sporządzonych po badaniu ambulatoryjnym, bez wskazania jego daty, wynosi aż 61%. Należy ten fakt ocenić jednoznacznie negatywnie, gdyż opinie bez daty badania nie spełniają wymogów określonych w art. 200 k.p.k., są w tym zakresie niepełne i uniemożliwiają sądowi ich kontrolę – dodać należy, iż w przypadku opiniowania co do konieczności zastosowania środka zabezpieczającego ma to szczególne znaczenie, gdyż stan psychiczny sprawcy jest dynamiczny i ulega zmianie, na przykład na skutek podjętego leczenia.

Wszystkie opinie zawierały odniesienie do danych z akt sprawy, jednak sposób ich przedstawienia był bardzo różny. Minimum w tym zakresie było przytoczenie zarzutu postawionemu sprawcy, nieraz z podaniem informacji, czy sprawca się do niego przyznał, czy też nie. W bardziej obszernych opiniach podawano także streszczenia zeznań świadków lub informacje dotyczące okoliczności popełnienia czynu zabronionego, zwłaszcza te, które mogły mieć znaczenie dla wydanej opinii. Najdłuższe streszczenia danych z akt sprawy sięgały nawet 3 stron.

W 31 z wszystkich przebadanych spraw przedstawiono informacje dotyczące historii choroby i uprzedniego leczenia sprawcy. W 21 informacji takich nie było, a z opinii wynikało, że sprawca nie był uprzednio leczony psychiatrycznie. W 4 przypadkach biegli nie powoływaliw opinii faktu uprzedniego leczenia sprawcy, choć wynikało to z przeprowadzonego wywiadu lub akt sprawy. W jednym z tych przypadków sąd wezwał biegłych do przedstawienia uzupełniającej opinii w tym zakresie. Sposób prezentowania danych dotyczących historii choroby budzi jednak przynajmniej w części przypadków wątpliwości. Zdarza się bowiem, że biegli jedynie wskazują, iż takie leczenie miało miejsce i powołują dokumenty z akt sprawy na to wskazujące, w żaden sposób się do nich nie odnosząc. Jednocześnie dotychczasowy przebieg choroby i leczenia wskazywany jest we wnioskach jako okoliczność potwierdzająca stawianą diagnozę. Praktykę taką należy uznać za nieprawidłową, gdyż opieranie wniosków na materiale nie przedstawionym bezpośrednio w opinii, a nawet w niej nie streszczonym, istotnie utrudnia jej weryfikację, zwłaszcza, gdy biegli

posługują się w tym zakresie bardzo ogólnikowymi stwierdzeniami (np. że postawioną diagnozę potwierdza dokumentacja leczenia szpitalnego).

Część dotycząca przeprowadzonego badania jest na ogół najobszerniejszą częścią opinii. W literaturze wskazuje się, że badanie powinno zawierać informacje dotyczące m.in. rodziny i środowiska, linii życia (okresu dziecięcego, szkolnego, dorastania, kształcenia, dojrzałości, pracy), przebytych chorób somatycznych i uzależnień, cech osobowości, chorób i zaburzeń psychicznych³³. Podstawowe informacje znajdują się w każdej opinii, jednak stopień szczegółowości przeprowadzenia wywiadu jest bardzo różny. W skrajnym przypadku dane z wywiadu obejmowały niecałą połowę strony i były przedstawione bardzo lakonicznie („Urazów głowy nie miał. Padaczki nie ma. Alkohol pije od 16 roku życia. Wywiad dziedziczny: matce się coś dzieje z głową”). Oprócz wywiadu prawidłowo sporządzona opinia powinna zawierać również ocenę stanu psychicznego sprawcy opartą na obserwacji zachowania, wyrazu twarzy, nastroju, orientacji, uwagi, pamięci, myślenia, mowy, spostrzegania, uczuć, popędów, poczucia choroby i zdrowia psychicznego³⁴. Niekiedy ten element zawarty był na końcu części dotyczącej badania psychiatrycznego, niekiedy był odrębną częścią opinii, jednak występował zawsze, na ogół obejmując jeden akapit tekstu. Rzadko natomiast w opiniach występowały informacje dotyczące stanu somatycznego osoby badanej. I tu widać ewidentną dysproporcję pomiędzy opiniami sporządzonymi po obserwacji a opiniami sporządzonymi na podstawie badania ambulatoryjnego. W tych pierwszych opis stanu somatycznego występuje zawsze, nawet gdy nie stwierdzono w tym zakresie żadnych nieprawidłowości. Natomiast w drugiej kategorii opinii informacje dotyczące stanu somatycznego wystąpiły jedynie w 4 (10%) przypadkach i to wtedy, gdy w tym zakresie zauważono anomalie – kalectwo, zniekształcenie, blizny.

Z 56 opinii 12 było przeprowadzonych po obserwacji na oddziale psychiatrycznym. Z ich analizy wynika, że każda zawierała informacje dotyczące przebiegu obserwacji i stosowanego podczas niej leczenia. Często przywoływano także wyniki przeprowadzonych badań pomocniczych (zwłaszcza neuroobrazujących oraz laboratoryjnych).

Najważniejszą częścią opinii są wnioski, w związku z czym powinny być one formułowane z dużą starannością. W większości opinii wnioski stanowiły wyodrębnioną część. Po wnioskach występowała ponadto część zatytułowana „Opinia”, w której zawierano wyodrębnione odpowiedzi na pytania postawione przez organ procesowy. W 12 przypadkach biegli na podstawie posiadanych danych oraz przeprowadzonego badania ambulatoryjnego nie byli w stanie postawić diagnozy oraz udzielić odpowiedzi, więc zawnioskowano o przeprowadzenie obserwacji psychiatrycznej. Wnioski w opiniach psychiatrycznych dotyczyły, stosownie do przedmiotu postępowania, kwestii poczytalności sprawcy w czasie popełnienia czynu zabronionego, potrzeby zastosowania wobec niego środka zabezpieczającego w postaci detencji, niekiedy też możliwości udziału w prowadzonym postępowaniu.

Wnioski dotyczące poczytalności były najszerzej i najlepiej uzasadniane. Biegli w każdym przypadku stawiali diagnozę, opierając się na różnych źródłach: przeprowadzonym

³³ Zob. szerzej *Psychiatria. Podręcznik dla studiów medycznych*, red. J. Heitzman, Warszawa 2007, s. 25–27.

³⁴ *Ibidem*, s. 27–28.

badaniu, niekiedy także na danych z akt sprawy, historii choroby, przebiegu obserwacji, badaniach dodatkowych. Wskazywano, które wypowiedzi i zachowania badanego uzasadniają postawione rozpoznanie i są dla niego charakterystyczne. W tej części biegli posługiwali się językiem prawniczym, używając pojęć występujących w art. 31 § 1 k.k. Nie oceniając merytorycznej poprawności stawianych diagnoz, należy stwierdzić, że wnioski na ogół logicznie wynikają z wcześniejszych części opinii i znajdują w nich oparcie. W kilku przypadkach zdarzyło się jednak, że wnioski wypływały z informacji nie zawartych w samej opinii (np. z historii choroby i leczenia), na które biegli się powoływali, lub nie znajdowały żadnego oparcia w zebranych materiale. W zakresie, w jakim opinie nie pozwalały na zrozumienie sposobu dochodzenia do wyrażonych w nich ocen, należy je zgodnie z orzecznictwem uznać za niejasne, a więc wadliwe³⁵.

Choć ogólna ocena sposobu formułowania wniosków o poczytalności wypada w analizowanych sprawach pozytywnie, inaczej rzecz przedstawia się w sprawie opiniowania co do konieczności stosowania środka zabezpieczającego. Pomijając 12 opinii, w których biegli nie udzielili odpowiedzi na zadane im pytania i zawnioskowali o przeprowadzenie obserwacji, przeanalizowano 44 opinie, w których biegli zawarli wnioski w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających. W 3 przypadkach uzasadnienie dotyczące środków zabezpieczających można uznać za szerokie, w 11 za poprawne. Aż 22 opinie (połowa!) w ogóle nie zawierały uzasadnienia bądź też uzasadnienie to było słabe. W tych wypadkach biegli na ogół przywoływali jedynie brzmienie art. 94 k.k. („istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że sprawca ponownie popełni czyn zabroniony”) bądź bardzo ogólnikowo argumentowali konieczność detencji chorobą czy też stanem chorobowym, nie konkretyzując, które objawy psychopatologiczne wpłynęły na postawienie takiej prognozy. W 7 przypadkach opinie były uzasadnione błędnie, w tym jedna zawierała opinię, że sprawca „stanowi poważne niebezpieczeństwo dla porządku prawnego”. Błąd ten wynika zapewne z faktu, iż była to przesłanka stosowania detencji na gruncie art. 99 k.k. z 1969 roku, jednakże za nieprawidłowe należy uznać posługiwanie się nią od czasu wejścia w życie kodeksu karnego z 1997 roku. W 1 przypadku konieczność zastosowania detencji uzasadniano w sposób nie znajdujący podstaw w przepisach prawa („niepodjęcie leczenia przez opiniowanego spowoduje dalsze pogorszenie stanu psychicznego”).

W zakresie możliwości udziału badanego w prowadzonym postępowaniu sądowym opinie nie były w zasadzie uzasadniane – znajdowały się w nich jedynie uwagi, czy udział taki jest możliwy, czy też nie, ze względu na stan zdrowia psychicznego.

Przeprowadzone badania nasuwają ponadto trzy wnioski. Pierwszy odnosi się do samego technicznego sposobu przygotowywania opinii. Należy stwierdzić, że pod tym względem forma opinii była poprawna – wszystkie zostały sporządzone na komputerze bądź na maszynie do pisania, w czytelny sposób. Większa część opinii podzielona była na części, zgodnie ze schematem przyjętym także w niniejszej pracy, które były oddzielone od siebie odstępami oraz zawierały wyraźne nagłówki. Choć pisanie opinii tekstem ciągłym oczywiście nie mogłoby zostać uznane za błąd, należy podkreślić, że powszechnie przyjęty sposób

³⁵ Zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 18 lutego 2009 r, II AKa 1/09, LEX nr 504066, wyrok SA w Krakowie z dnia 14 października 2008 r, II AKa 133/08, LEX nr 484803.

wyodrębniania oraz oznaczania części składowych opinii znacznie ułatwia jej lekturę oraz odbiór i powinno być ocenione jak najbardziej pozytywnie.

Po drugie, o ile naturalne jest, iż pomiędzy opiniami sporządzonymi przez różnych biegłych występują różnice wynikające z właściwego im stylu pracy, o tyle trudno uzasadnić występowanie znacznych różnic w opiniach sporządzonych przez tych samych biegłych, ale w różnych sprawach. Nie są to w dodatku różnice błahe, ale istotne – np. w jednej z badanych spraw biegli sporządzili opinię, którą można byłoby uznać za wzorcową, dobrze uzasadnioną co do stosowania środka zabezpieczającego, a w innej sporządzili opinię liczącą półtorej strony. Nie można oczywiście uznać, że wyznacznikiem poziomu opinii jest jej objętość, ale opinia zawierała bardzo słaby wywiad, bardzo słabe odniesienie do akt sprawy i wnioski nie znajdujące odzwierciedlenia w zebranym materiale.

Po trzecie, wydając opinie, biegli psychiatrzy często odnosili się we wnioskach do sporządzonych opinii psychologicznych – miało to miejsce w 28 przypadkach. W praktyce nie zdarzyło się więc, by biegli wydawali wspólnie jedną, kompleksową opinię, ale aż w połowie spraw opinie psychiatryczne nawiązywały merytorycznie do opinii psychologicznych. Jest to rozwiązanie zgodne z postulatami środowisk biegłych³⁶. Warto zwrócić uwagę na to, iż powiązanie merytoryczne występuje każdorazowo w opiniach sporządzonych po obserwacji, rzadziej natomiast po badaniu ambulatoryjnym. Może być to jednak spowodowane tym, że biegły psycholog nie zawsze powoływany jest w postępowaniu przygotowawczym, a nieraz powołuje się go dopiero po wniesieniu przez prokuratora wniosku na podstawie art. 324 k.p.k. W takiej sytuacji oczywiście niemożliwe jest uwzględnienie przez psychiatrów wniosków biegłego psychologa, gdyż opinia psychologiczna sporządzana jest później.

Wnioski

E. Bogdanowicz i D. Hajdukiewicz w swojej pracy stwierdziły, że wszystkie zbadane opinie zawierały braki i mogłyby być uznane za niepełne. Ponadto opinie nie były prawidłowo podsumowane i nie przedstawiały wszystkich argumentów przemawiających za ustalonym rozpoznaniem. Autorki postulowały zatem przeprowadzenie bardziej intensywnego szkolenia biegłych z zakresu opiniowania sądowo-psychiatrycznego³⁷.

Wnioski wypływające z niniejszej pracy idą, także z powodu odmiennego punktu widzenia (autorki przywoływanych badań są psychiatrami), w nieco innym kierunku. Po pierwsze, wydane opinie zawierają braki formalne, które, choć z pozoru nieistotne (brak określenia czasu badania), mogą mieć praktyczne konsekwencje w postaci trudności z kontrolowaniem opinii przez sąd oraz powodują, że opinie są niepełne. Po drugie, braki w zakresie przedstawienia źródeł, na których opierają się biegli (dokumentacja medyczna, historia choroby, wyniki badań neuroobrazujących, uprzednie opinie psychiatryczne), sprawiają, że wnioski (a zarazem cała opinia) są niejasne. Po trzecie, zwłaszcza opinie wydawane po przeprowadzeniu badania ambulatoryjnego bywają lakoniczne, słabo uzasadnione, wnioski

³⁶ Zob. L. Paprzycki, *Udział biegłego psychologa...*, op. cit., s. 62–63.

³⁷ E. Bogdanowicz, D. Hajdukiewicz, *Opinie sądowo-psychiatryczne...*, op. cit., s. 461.

są często przedstawiane w sposób schematyczny. Niekiedy zachwiane zostają proporcje pomiędzy częścią relacjonującą dane z akt sprawy a częścią dotyczącą samego badania (ta pierwsza bywa zbyt obszerna). Po czwarte, biegli dobrze posługują się pojęciami prawnymi dotyczącymi niepoczytalności, ale już opiniowanie dotyczące stosowania środków zabezpieczających budzi wiele wątpliwości. Biegli nie uzasadniają swoich wniosków bądź pozorują uzasadnienie powoływaniem literalnego brzmienia przepisów, część z nich nie posługuje się przesłankami aktualnie obowiązującego kodeksu karnego. Powodem takiego stanu rzeczy może być fakt, iż w literaturze przedmiotu stosunkowo więcej uwagi poświęca się zagadnieniom opiniowania o poczytalności niż opiniowaniu o stosowaniu środka zabezpieczającego³⁸. Postulować należy zatem zwiększenie wiedzy biegłych psychiatrów właśnie w tym zakresie.

³⁸ Zob. np. *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie*, op. cit.; J.K. Gierowski, *Psychiatria sądowa w Polsce...*, op. cit.; J. Przybyśz, *Psychiatria sądowa...*, op. cit.; E. Habzda-Siwek, *Opinia o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego. Aktualne problemy*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2006, nr 2, s. 175–197.

Odpowiedzialność organizatora usług turystycznych z tytułu umowy o podróż

Wstęp

Podstawą odpowiedzialności wobec podmiotów korzystających z usług biur podróży jest przede wszystkim ustawa o usługach turystycznych². Organizator turystyki i pośrednik turystyczny odpowiadają wobec swoich klientów (konsumentów) także na podstawie przepisów kodeksu cywilnego³, w takim zakresie, w jakim ustawa nie stanowi inaczej. Aby zaistniała realna możliwość pociągnięcia usługodawcy do odpowiedzialności, muszą zaistnieć pewne przesłanki ogólne: niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, szkoda poniesiona przez uczestnika wycieczki wynikająca z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz łańcuch przyczynowo-skutkowy pomiędzy nimi. Co istotne, ciężar dowodu obciąża w tym przypadku osobę, która rości sobie prawa z zaistniałego faktu, a mianowicie poszkodowanego uczestnika imprezy turystycznej. Udowodnienie wyrządzenia szkody nastręcza wiele trudności, gdyż nie zawsze da się ją obiektywnie określić. Czasami dzieje się też tak, że pomimo jej niepodważalnego istnienia trudno jest podać jej pieniężną wartość, a także rozgraniczyć jej materialny i niematerialny charakter.

Niewykonanie i nienależyte wykonanie umowy

Odpowiedzialność za brak wykonania umowy lub wadliwe jej wykonanie przewidziana została przez ustawodawcę polskiego w samej ustawie o usługach turystycznych w art. 11a: „Organizator turystyki odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o świadczenie usług turystycznych (...)”, który stanowi niewątpliwie odpowiedź na postanowienia dyrektywy 90/314 w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek⁴, która na państwa członkowskie nakłada obowiązek zapewnienia odszkodowania konsu-

¹ Autorka jest studentką IV roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (Dz.U. 1997, Nr 133, poz. 884 ze zm.).

³ Ustawa kodeks cywilny z 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. z 1964, Nr 16, poz. 93 ze zm.).

⁴ Dyrektywa w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (Dz.U. WE L 158, 23.06.1990).

mentom. Jest to odpowiedzialność kontraktowa, od której (zgodnie z dalszym brzmieniem przepisu) organizator może się „uwolnić”. Stanie się tak wtedy, gdy skutek braku lub niewłaściwego wykonania umowy będzie wynikał z działania lub zaniechania klienta, osoby trzeciej nieuczestniczącej w wykonywaniu usług przewidzianych umową (jeżeli działanie lub zaniechanie nie było możliwe do przewidzenia lub uniknięcia) albo siły wyższej. Co istotne z punktu widzenia konsumenta, nie pozostanie on zdany w takiej sytuacji tylko na własne działanie, ale ustawodawca statuuje obowiązek udzielenia w trakcie całego czasu trwania imprezy turystycznej pomocy poszkodowanemu klientowi. Wymienione wyżej przesłanki egzoneracyjne, wyróżnione w sposób zobiektywizowany, wskazują na zaostrzenie odpowiedzialności biura podróży, gdyż jest ono zmuszone do udowodnienia jednej z nich w celu wyłączenia swojej odpowiedzialności wobec klienta (odpowiedzialność na zasadzie ryzyka), który niewątpliwie znajduje się w bardziej korzystnym położeniu. Artykuł 11b analizowanej ustawy wprowadził także zakaz ograniczenia / wyłączenia odpowiedzialności organizatora turystyki poprzez zastosowanie obcego prawa, chyba że określa to umowa międzynarodowa uprzednio ratyfikowana przez Polskę. Co więcej, odpowiedzialność ta nie może być modyfikowana dowolnie, granicę stanowi dwukrotność kosztów imprezy turystycznej poniesionych przez klienta i nie może ona dotyczyć szkód na osobie. Zdarzyć się może, że podstawą dochodzenia roszczeń będzie równocześnie odpowiedzialność deliktowa (z tytułu czynów niedozwolonych). Wtedy, zgodnie z art. 443 k.c., nastąpi zbieg przepisów i poszkodowany będzie mógł dochodzić swoich roszczeń także na podstawie zaistniałego czynu niedozwolonego po stronie organizatora imprezy. Koncepcja mieszanego roszczenia polega na wystosowaniu roszczenia opartego na odpowiedzialności biura podróży *ex contractu* przy jednoczesnym zasądzeniu zadośćuczynienia w formie określonej kwoty pieniężnej w oparciu o odpowiedzialność *ex delicto*. Pomimo że takie rozwiązanie jest powszechnie akceptowane przez doktrynę, może ono naruszać pewność obrotu, ponieważ nigdy nie wiadomo w oparciu o które normy prawne usługodawca ponosiłby odpowiedzialność za nienależyte wykonanie umowy⁵.

Przykładów świadczących o nienależytym wykonaniu umowy jest wiele, mogą to być np. umieszczenie klienta w hotelu, którego standard nie odpowiada temu zagwarantowanemu w umowie (hotel 3-gwiazdkowy zamiast hotelu 5-gwiazdkowego); plaża według informacji umieszczonej w katalogu ofert biura podróży miała być położona przy hotelu, a okazało się, że aby do niej dojść, trzeba przejść 300 m ścieżką przez las i pokonać ruchliwą ulicę; zamiast pięknego widoku na morze uczestnicy wycieczki mogli podziwiać jedynie maszyny budowlane na sąsiednim placu budowy. W orzecznictwie nie jest łatwo znaleźć wyroki, które świadczyłyby o tym, że sądy często uznają roszczenia rozczarowanych klientów, ale takie precedensowe orzeczenia zdarzają się w Polsce coraz częściej. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 czerwca 2005 roku (I ACa 941/04) przyznał uczestnikom imprezy turystycznej, która miała miejsce na Riwierze Tureckiej, kwotę 9200 zł od biura podróży tytułem zwrotu 2/3 ceny wycieczki. Podróżni zostali zakwaterowani w hotelu o bardzo zaniżonym standardzie: ciasne pokoje, grzyb na ścianach, widok z pokoju

⁵ M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku polegającego na utraconej przyjemności z podróży*, KPP 2005, nr 2, s. 373.

pozostawiał wiele do życzenia (zamiast zielonego ogrodu – droga), a na dodatek organizator nie zapewnił nawet zamiany pokoju na odpowiadający temu ze zdjęć z katalogu i umowie. Pełnomocnik powodów słusznie twierdził, że mieli oni prawo oczekiwać, iż zostanie im zapewniony standard hotelu zgodny z opisem i zdjęciami z folderu reklamowego, zwłaszcza że wakacje nie były tanie⁶. Ponadto za nienależytą organizację wycieczki odpowiadało inne biuro podróży świadczące oferujące wyjazd do Egiptu, który okazał się fiaskiem – program podróży nie został zrealizowany, nie zwiedzano obiektów turystycznych przewidzianych w umowie, a pilot wycieczki nie podjął żadnych działań, aby tę sytuację naprawić. Sąd Rejonowy w Warszawie zasądził odszkodowanie na rzecz konsumentów na kwotę równą 1/3 ceny wycieczki⁷.

W literaturze niemieckiej wymienia się szereg innych przejawów nienależytego wykonania umowy o podróż przez biuro podróży, warto przytoczyć chociażby niektóre z nich, gdyż niewątpliwie taki katalog uchybień, którego nie znajdujemy w polskim piśmiennictwie (niewielki zakres krajowego orzecznictwa w tym zakresie), byłby bardzo potrzebny z punktu widzenia konsumenta⁸:

- ponad dwugodzinne oczekiwanie na autokar w umówionym miejscu,
- ponad czterogodzinne opóźnienie odlotu samolotu czarterowego przed wylotem w podróż,
- zagubienie bagażu na cały lub dłuższy czas podróży,
- spóźnione przybycie bagażu,
- w czasie rejsu statkiem nie odwiedzono miejscowości, które były w planie wycieczki,
- odległość od plaży jest większa od podanej w katalogu,
- zatrucie salmonellą po spożyciu posiłku w hotelowej restauracji,
- żwirowa lub kamienna plaża zamiast piaszczystej, co uwzględnił katalog,
- muzyka i hałas dochodzący w nocy z pobliskiej dyskoteki,
- hotel położony przy bardzo ruchliwej ulicy mimo tego, że katalog zapewniał spokój i ciszę.

Co ciekawe, nie wszystkie uchybienia, na które powołują się niemieccy turyści w skargach na biura podróży, zakwalifikowane zostają jako uchybienia w wykonywaniu umowy o podróż. Wadą nie będzie np. przelot inną niż umówiona linią lotniczą czy hałas pochodzący z nagłych i koniecznych napraw, które mają miejsce w / obok hotelu⁹.

Definicja i rodzaje szkody – zagadnienia ogólne

Próbie zdefiniowania pojęcia szkody należy rozpocząć od wskazania, że aby mówić w ogóle o szkodzie, musi najpierw powstać zdarzenie, z którym ustawa wiąże obowiązek jej naprawienia. Jest to zasadnicza różnica między prawem cywilnym a prawem karnym, w myśl którego odszkodowanie można uzyskać nawet w przypadku nienastąpienia takiego określonego zdarzenia, ale tylko jego usiłowania.

⁶ M. Domagalski, *Gwiazdki obowiązują wszędzie*, „Rzeczpospolita” <http://www.rp.pl>.

⁷ M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne*, Warszawa 2009, s. 80.

⁸ E. Kwaśniewska, *Umowa o podróż w prawie niemieckim*, Toruń 2002, s. 46–50.

⁹ *Ibidem*, s. 48–50.

W języku potocznym słowo „szkoda” jest utożsamiane z pewnego rodzaju uszczerbkiem, stratą, negatywnym skutkiem jakiegoś działania lub jego braku powstającym zarówno w sferze majątkowej, jak i niemajątkowej człowieka – chociaż istnieje co do tego spór w doktrynie, przyjmuję za większością, iż obejmuje ono obie te sfery (pojęcie szkody *sensu largo*). Intuicyjne postrzeganie tego pojęcia nie daje nam jego pełnego obrazu, ponieważ jest to pojęcie wieloznaczne, stanowiące bardziej kategorię ekonomiczną niż prawną¹⁰.

Normatywna definicja szkody nie istnieje: już kodeks zobowiązań z 1993 roku stwierdzał, że taka definicja jest nieprzydatna, wręcz zbędna, ponieważ wystarczające jest jej istnienie w języku potocznym¹¹. W obecnie obowiązującym kodeksie cywilnym również nie znajdziemy *expressis verbis* odpowiedzi na pytanie, czym jest szkoda. W art. 361 § 2 k.c. znajdujemy tylko wymienione uszczerbki, które jeżeli wystąpią, będą mogły podlegać odszkodowaniu: „straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono”. Z powyższego wynika tylko, że zakres przedmiotowy szkody obejmuje *damnum emergens* i *lucrum cessans*.

Kwestia istnienia legalnej definicji analizowanego pojęcia poruszana była także kilkakrotnie przez Trybunał Konstytucyjny, który zaznaczył, że każdy uszczerbek w sferze dóbr chronionych prawem stanowi element szkody podlegający wynagrodzeniu, a także, że szkoda to pojęcie niedoprecyzowane¹².

Próbie zdefiniowania tego pojęcia podejmowało także wielu przedstawicieli doktryny, ale powszechnie uznaje się, iż najbardziej prawidłową jest ta dokonana przez T. Dybowskiego, twierdzącego, że szkoda to „każdy uszczerbek w prawnie chronionych dobrach, który wyraża się w różnicy między stanem dóbr, jaki już istniał i jaki mógłby następnie w normalnej kolei rzeczy wytworzyć się, a stanem, jaki powstał wskutek zdarzenia wywołującego zmianę w dotychczasowym stanie rzeczy, z którym to ustawodawca wiąże powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej”¹³. Inny z autorów – A. Koch – wskazuje, że szkodą jest „uszczerbek, którego powstanie można ujawnić przez porównanie rzeczywistego stanu rzeczy ze stanem spodziewanym, lecz nieistniejącym. Porównanie takie wskazuje różnicę między nimi, a więc zmianę w stosunku do oczekiwania”¹⁴.

Szerokie pojęcie szkody pozwala na wyróżnienie szkody majątkowej i niemajątkowej, która powszechnie jest określana mianem krzywdy. Szkoda majątkowa jest to pogorszenie sytuacji majątkowej poszkodowanej osoby przejawiające się zarówno pomniejszeniem sfery aktywów, jak i powstaniem czy powiększeniem sfery pasywów, rzecz jasna wbrew woli jednostki. Bierzymy pod uwagę stan majątku sprzed konkretnego zdarzenia i porównujemy go z hipotetycznym stanem, który by istniał, gdyby nie to konkretne zdarzenie¹⁵. Szkoda niemajątkowa natomiast określana jest w sposób negatywny, tzn. szkodą jest taki uszczerbek, który nie znajduje odzwierciedlenia w majątku poszkodowanego, trudno wyrazić go w pieniądzu, a kwota otrzymana jako zadośćuczynienie ma stanowić swoiste

¹⁰ A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową*, Bydgoszcz 1998, s. 22.

¹¹ J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop w prawie polskim*, *op. cit.*, s. 312.

¹² *Ibidem*, s. 312.

¹³ J. Matys, *Szkoda na osobie – uwagi na tle art. 444 KC*, MoP 2004, nr 10, s. 457.

¹⁴ J. Matys, *Szkoda na osobie...*, *op. cit.*, s. 457.

¹⁵ Zob. A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę...*, *op. cit.*, s. 33.

wynagrodzenie za poniesioną stratę emocjonalną, cierpienie itp. W rzeczywistości rozgraniczenie tych dwóch rodzajów szkody jest wielce problematyczne, gdyż szkody te przeplatają się wzajemnie, ich skutki często występują łącznie. Ponadto, zgodnie z zauważoną w literaturze tendencją, następuje wchłanianie szkody niemajątkowej przez majątkową, co stanowi przejaw „komercjalizacji wszelkich dóbr (...), sprzyja również standaryzacji i uproszczeniu ochrony, jaka udzielana jest poszkodowanemu, bowiem prowadzi do zaniżania odmienności jej trybów”¹⁶.

Szkoda w postaci zmarnowanego urlopu – majątkowa czy niemajątkowa?

Z punktu widzenia niniejszego opracowania istotnym problemem jest kwestia sposobu zakwalifikowania szkody spowodowanej zmarnowanym, nieudanym urlopem, co stanowi konsekwencję niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o podróż. W literaturze przedmiotu zagadnienie to budzi wiele kontrowersji, zwłaszcza dlatego, że brakuje orzecznictwa w tym zakresie, które pomogłoby usystematyzować i rozwiązać ten problem. Co więcej, sądy polskie zdają się nie zauważać problemu i od wielu lat oddalają roszczenia o zmarnowany urlop (np. wyrok z listopada 1967 roku, w którym sąd wyraźnie stwierdził, że „żądanie odszkodowania za utracony wypoczynek nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawnych”)¹⁷. Innym przykładem jest wyrok sądu z września 2009 roku: powództwo rozczarowanych klientów biura podróży TUI Polska zostało oddalone, chociaż niepodważalnie turyści nie doświadczyli przyjemności z wypoczynku, a wręcz przeciwnie, apartament, choć miał mieć standard 4 gwiazdek, był przesiąknięty wodą, która wlewała się do środka z balkonu, w łazience odpadały płytki, telewizor i sejf były zepsute. Jednak zarówno sąd I instancji, jak i odwoławczy stanęły na stanowisku, że „nie ma takiego dobra osobistego jak prawo do niezakłóconego urlopu”¹⁸).

Ustawa o usługach turystycznych, w której poruszona została m.in. wspomniana już wcześniej kwestia odpowiedzialności biura podróży z tytułu umowy o imprezę turystyczną (art. 11a), nie reguluje materii dotyczącej uszczerbku polegającego na utraconym, bo zmarnowanym wypoczynku. Zagadnienie odpowiedzialności biura podróży nie zostało doprecyzowane, nie wiadomo, jaki rodzaj szkody ustawodawca miał na myśli i posługując się tak ogólnym pojęciem, ustawa odsyła tym samym do przepisów kodeksu cywilnego.

Umowa o imprezę turystyczną jest umową o charakterze pakietowym, co było już podkreślane w niniejszym opracowaniu. Zgodnie z tym składa się ona z wiązki różnych świadczeń częściowych, zatem gdy nie dojdzie do wykonania któregoś z nich lub jego spełnienie będzie wadliwe, cały łańcuch świadczeń turystycznych będzie obciążony wadą. Wada ta niewątpliwie będzie miała charakter szkody majątkowej, ponieważ możliwość skorzystania z każdego ze świadczeń „ma wartość majątkową i staje się aktywem w majątku poszkodowanego”¹⁹. Dokonując oceny wysokości powstałej szkody, należy wziąć pod uwagę nie tylko wartość poszczególnych świadczeń częściowych, lecz także usługę jako całość,

¹⁶ J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, *op. cit.*, s. 314.

¹⁷ E. Kania, *Zadośćuczynienie – tak, ale na jakiej podstawie*, „Rzeczpospolita” <http://www.rp.pl>.

¹⁸ M. Domagalski, *Trudno wygrać z biurem podróży w sądzie*, „Rzeczpospolita” <http://www.rp.pl>.

¹⁹ M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku...*, *op. cit.*, s. 365.

ponieważ tylko w ten sposób zostaje osiągnięty cel, którym jest cała impreza turystyczna i czerpane z niej przyjemności. Przyjemność ta ma niewątpliwie pewną wartość – jest nią cena wycieczki. Jak już wcześniej zostało wspomniane, zauważono w doktrynie komercjalizację dóbr, które można określić w pieniądzu. „Zgodnie z koncepcją komercjalizacji szkoda majątkowa ma miejsce zawsze wtedy, gdy przedmiotem dotkniętym uszczerbkiem jest dobro lub interes majątkowy (...); wystarczy ustalić majątkowy charakter naruszonego dobra lub interesu, a na dalszy plan (...) schodzi konieczność analizy stanu majątkowego poszkodowanego przed oraz po nastąpieniu zdarzenia wyrządzającego szkodę”²⁰. Jednym z autorów, którzy reprezentują pogląd, iż szkoda w postaci utraconej przyjemności z urlopu powinna być kwalifikowana jako szkoda majątkowa, jest T. Dybowski. Według niego wycieczka lub pobyt na wczasach stanowią taki rodzaj świadczenia, „którego wartość majątkowa wyrażona jest w cenie zakupu i powinna zostać wynagrodzona w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy”²¹.

Powszechnie w doktrynie uznaje się, że szkoda ta ma jednak charakter jedynie niemajątkowy, ponieważ majątek osoby korzystającej z imprezy turystycznej nie podlega uszczupleniu, szkoda jest trudna do określenia w pieniądzu, czego konsekwencją będzie możliwość dochodzenia zadośćuczynienia, a nie odszkodowania²². Jeżeli natomiast doszłoby do takiej zmiany, poszkodowany ma możliwość dochodzenia innych roszczeń, np. obniżenia ceny lub zwrotu kosztów wycieczki, odstąpienia od umowy. Uszczerbki o charakterze niemajątkowym podlegają naprawieniu tylko, gdy ustawa tak stanowi – w ramach instytucji majątkowej ochrony dóbr osobistych (za zrównaniem pozycji ochrony dóbr o charakterze niemajątkowym i majątkowym jest m.in. M. Ciemiński, według którego te pierwsze zasługują nawet na szczególną ochronę ze względu na ich priorytetowe znaczenie w życiu człowieka, a ograniczona możliwość dochodzenia roszczenia o charakterze niemajątkowym winna zostać zweryfikowana przez doktrynę²³). Prawo do dochodzenia zadośćuczynienia pieniężnego za szkodę majątkową nie jest ograniczane tylko w ustawodawstwie polskim, ale także np. w niemieckim czy angielskim. Jednakże można wyróżnić i takie systemy prawne, w których kwestia ta pozostaje w gestii sądu (np. Francja). Sądy francuskie niejednokrotnie przyznają łączne odszkodowanie za poniesioną szkodę majątkową i niemajątkową, nie stanowi dla nich przeszkody okoliczność, iż trudno wyliczyć wysokość zadośćuczynienia; potwierdzeniem tego jest orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Wersalu, który zasądził odszkodowanie od ubezpieczyciela i biura podróży za „zmęczenie, niewygody i rozczarowanie” starszych turystów wycieczki do Egiptu²⁴.

W kwestii zadośćuczynienia za zmarnowany urlop i utraconej przyjemności z podróży wypowiedział się w 2002 roku Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie

²⁰ *Ibidem*, s. 366.

²¹ M. Boszko, *Glosa do wyroku ETS w sprawie Leitner*, TPP 2007, nr 1, s. 58.

²² J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, *op. cit.*, s. 316.

²³ M. Ciemiński, *Naprawienie uszczerbku polegającego...*, *op. cit.*, s. 362.

²⁴ M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne za „zmarnowany urlop” podczas wycieczki turystycznej*, PiP 2002, nr 10, s. 73.

Simone Leitner przeciwko TUI Deutschland GmbH & Co. KG²⁵. Jest to kluczowe orzeczenie, dlatego też zostanie ono omówione wraz ze stanem faktycznym i prawnym.

Stan faktyczny

Państwo Leitner udali się na wakacje (wycieczka została wykupiona w biurze podróży TUI) na Riwierę Turecką do miasta Side wraz ze swoją córką. W połowie pobytu ich córka zatrzymała się salmonellą, co przełożyło się na faktyczny koniec wakacji, ponieważ wystąpiły wysoka temperatura, wymioty i biegunka, które trwały do końca wyjazdu. Po powrocie do kraju rodzice poinformowali biuro o nagłej chorobie, ale nie otrzymawszy żadnej odpowiedzi, postanowili wystąpić z powództwem o odszkodowanie w wysokości 25 tys. szylingów austriackich. Sąd I instancji zasądził na rzecz córki państwa Leitner kwotę 13 tys. szylingów tytułem odszkodowania za ból fizyczny i cierpienie (*Schmerzensgeld*) spowodowane salmonellą, ale w części dotyczącej odszkodowania z tytułu utraty przyjemności z podróży pozew został odrzucony. Sąd przyznał, że taki rodzaj utraty przyjemności może być kwalifikowany jako szkoda niemajątkowa, ale prawodawstwo austriackie takiej możliwości nie przewiduje. Sąd odwoławczy natomiast podał w wątpliwość kwestię zgodności prawa austriackiego z art. 5 dyrektywy 90/314 w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek. Postępowanie zostało zawieszone i skierowano pytanie prejudycjalne (w trybie art. 234 TWE) do ETS: „Czy artykuł 5 dyrektywy 90/314 (...) należy interpretować jako przyznający konsumentom odszkodowanie za szkodę o charakterze niemajątkowym wynikającą z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o podróż?”.

Przebieg postępowania

W trakcie toczącego się postępowania utworzyły się niejako dwa obozy o różnych zapatrywaniach. Rządy Austrii, Finlandii i Francji utrzymywały, że dyrektywa, nie precyzując dokładnie pojęcia i rodzaju szkody, która powstaje, pozostawia tym samym w gestii państw członkowskich wybór zakresu jej definicji, co jest przejawem autonomii proceduralnej państw. Przeciwnicy, czyli państwo Leitner, rząd Belgii i Komisja Europejska uważali, iż możliwość dochodzenia odszkodowania za szkodę niemajątkową wynika bezpośrednio z treści art. 5 ust. 2 dyrektywy i pojęcie to powinno być interpretowane jak najszerzej jako rekompensata każdego rodzaju szkody. Dla Komisji oczywiste było, że w zakresie usług turystycznych nie można wykluczyć dochodzenia odszkodowania z tego tytułu.

Trybunał odwołał się w swoim orzeczeniu do celu dyrektywy, którym jest zniesienie rozbieżności w regulacjach krajowych państw członkowskich dotyczących niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o podróż, co przejawia się w zakłóceniu konkurencji usług turystycznych. Zaznaczył także, że z punktu widzenia konsumenta – turysty – możliwość kompensacji szkody powstałej w wyniku zmarnowanego urlopu jest szczególnie ważna. Dokonując interpretacji art. 5 dyrektywy, Trybunał uznał istnienie prawa do wynagrodzenia niemajątkowej szkody, czyli zmarnowanego urlopu.

²⁵ Orzeczenie z dnia 12 marca 2002 r., C-168/00.

Wykładnia przytaczanego przepisu obowiązuje wszystkie sądy państw należących do Unii Europejskiej. Trudno nie zgodzić się z M.J. Möllersem, który pisze: „Przy wykładni zgodnej z dyrektywami lub dokładniej – rozwijaniu prawa zgodnym z dyrektywami, należy sobie uświadomić, że sędzia dokonuje wprowadzie wykładni przepisu krajowego, lecz przepis ten ma jednak początek w prawie europejskim; Sędzia jest powołany do realizacji prawa wspólnotowego (...)”²⁶. W razie braku implementacji lub implementacji nieprawidłowej dyrektywy państwo członkowskie zostaje narażone na możliwość poniesienia odpowiedzialności odszkodowawczej względem podmiotu (w tym przypadku turysty, któremu sąd oddalił roszczenie odszkodowawcze za zmarnowany urlop i który poniósł szkodę z tego tytułu), który został pozbawiony możliwości dochodzenia odszkodowania za analizowaną szkodę niemajątkową²⁷.

Państwa członkowskie, będąc zobowiązane do interpretacji prawa krajowego w świetle norm wspólnotowych, muszą zaakceptować powyższe rozwiązanie również dlatego, że w przeciwnym razie trudno będzie mówić o postępującej harmonizacji prawa wspólnotowego. Ponadto warto zwrócić uwagę na tempo rozwoju sektora usług turystycznych, gdzie miejsce konsumenta – turysty, czyli słabszej strony umowy – musi podlegać szczególnej ochronie. Konsument, korzystając z ofert biur podróży, często wydaje niebagatelne sumy tylko po to, by czerpać przyjemność z udanego urlopu. Pozbawienie go szansy na dochodzenie odszkodowania za taką postać szkody niematerialnej jak zmarnowany urlop byłoby sprzeczne z sensem samego świadczenia w postaci gwarantowanego udanego urlopu, którego cały cel zamyka się w przyjemności z podróży.

Sposoby ustalenia poniesionej szkody. Karta Frankfurcka

W poprzednich rozdziałach przeanalizowane zostały podstawy odpowiedzialności biur podróży z tytułu umowy o podróż oraz wyjaśnione zostało zagadnienie szkody. W tym miejscu należy pokrótce wskazać, jak w praktyce ustalić jej wielkość, co wbrew pozorom nie jest zadaniem prostym.

Konsument, turysta rozczarowany swoim wyjazdem, doświadczony wadliwego świadczenia wycieczki niezgodnego z zapewnieniami katalogu i sprzecznego ze swoimi oczekiwaniami, będzie dążył do uzyskania kwoty jak najwyższej. Sąd, zasądzając odszkodowanie, powinien wziąć pod uwagę, na czym polegało niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, jaką szkodę poniósł poszkodowany (naruszono odczucia estetyczne, utracono przyjemność płynącą z urlopu czy też poniesiono uszczerbek na zdrowiu fizycznym lub psychicznym) oraz jaka była cena wycieczki i jaki pakiet świadczeń zapewniano. Zgodnie z treścią art. 363 k.c. „naprawienie szkody powinno nastąpić według wyboru poszkodowanego bądź poprzez przywrócenie stanu poprzedniego, bądź przez zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej”. Jeśli sąd będzie miał trudności z określeniem poniesionych strat materialnych i niematerialnych, będzie mógł „zasądzić odpowiednią sumę według własnego uznania” (art. 322 k.p.c.). Szkodę trudno określić, ponieważ jej charakter i zakres

²⁶ M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne...*, op. cit., s. 77.

²⁷ J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, op. cit., s. 322–323.

są bardzo subiektywne, dlatego też sąd powinien dokładnie zbadać materiał dowodowy tak, aby żadna ze stron postępowania (czyli ani konsument, ani biuro podróży) nie została poszkodowana. Będzie to o tyle łatwiejsze, że proces cywilny ma kontradyktoryjny charakter i każda ze stron zostanie dopuszczona do przedstawienia swoich argumentów.

Najczęściej w praktyce spotykamy się z pieniężną formą odszkodowania, która zdaje się w najpełniejszym zakresie satysfakcjonować klienta, ale może nią być także świadczenie zastępcze (tzw. restytucja naturalna)²⁸, a jeżeli „jakość świadczenia jest niższa od jakości usługi określonej w programie imprezy turystycznej, klient może żądać odpowiedniego obniżenia ceny imprezy” (art. 16a pkt. 1 ustawy u.t.). Przy obliczaniu szkody nie dokonuje się obliczeń matematycznych, takich jak dzielenie ceny wycieczki przez liczbę dni, co miałyby dać wartość pieniężną jednego dnia urlopu, po czym cenę jednego dnia należałoby pomnożyć przez liczbę dni „straconych”²⁹. Rozmiarem szkody będzie natomiast stosunek wartości świadczenia częściowego, które zostało zmarnowane (pakietowy charakter umowy o podróż), do wartości całej imprezy³⁰. Trudności z określaniem wysokości szkody mają nie tylko polskie sądy, ale także np. niemieckie. Te ostatnie, borykając się z kwestią stosownego obniżania ceny przez biura podróży za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usług turystycznych w postaci umowy o podróż, stworzyły w 1984 roku tzw. Tabelę Frankfurcką. Zostały w niej wymienione wszystkie rodzaje uchybień, z którymi może spotkać się podróżny. Izba Cywilna LG Frankfurt, która ją opracowała, podała w niej dokładny procent lub, przy niektórych wadach, przedział procentowy, o który następuje obniżenie całej kwoty świadczenia. Jednakże tabela ma wiele wad, dlatego też nie wszystkie sądy niemieckie są skłonne ją stosować³¹. *Karta Frankfurcka* nie obowiązuje w Polsce, jednak wiele biur podróży i wielu konsumentów może posiłkowo korzystać z jej pomocy przy ustalaniu ewentualnej kwoty obniżenia wartości wycieczki.

²⁸ M. Nesterowicz, *Prawo...*, op. cit., s. 96.

²⁹ *Ibidem*, s. 96–97.

³⁰ I. Kuska-Żak, *Odpowiedzialność organizatora turystyki za szkodę*, w: *Turystyka a prawo. Aktualne problemy legislacyjne i konstrukcyjne*, red. P. Cybula, J. Raciborski, Sucha Beskidzka–Kraków 2008, s. 131.

³¹ E. Kwaśniewska, *Umowa o podróż...*, op. cit., s. 55.

Karta Frankfurcka³²

Tabela 1. Odszkodowanie za nienależyte wykonanie usługi turystycznej w zakresie zakwaterowania według Tabeli Frankfurckiej.

Rodzaj wady	Obniżka w %	Uwagi
1. Zakwaterowanie w hotelu o niższej klasie i standardzie niż w hotelu zarezerwowanym	10–25	W zależności od różnicy między zarezerwowanym a zaoferowanym zakwaterowaniem
2. Inne położenie hotelu niż podawał katalog biura	5–15	
3. Inny od zarezerwowanego rodzaj zakwaterowania	5–10	
4. Zakwaterowanie w innym pokoju:		
– dwuosobowy zamiast jednoosobowego	20	Zależy, czy w tych pokojach zakwaterowano osoby, które się znały wcześniej, czy też nie
– trzyosobowy zamiast jednoosobowego	25	
– trzyosobowy zamiast dwuosobowego	20–25	
– czteroosobowy zamiast dwuosobowego	20–30	
5. Braki w wyposażeniu pokoju:		
– za małą powierzchnia	5–10	
– brak balkonu	5–10	
– brak widoku na morze	5–10	
– brak toalety / łazienki przy pokoju	15–25	
– brak WC przy pokoju	15	
– brak prysznica	10	
– brak klimatyzacji	10–20	
– brak radia / TV	5	
– niewystarczająca ilość mebli	5–15	

³² E. Kwaśniewska, *Umowa o podróż...*, op. cit., s. 56–61.

Rodzaj wady	Obniżka w %	Uwagi
– szkody / zniszczenia / grzyb	10–50	
– robactwo w pokoju	10–50	
6. Awarie:		
– toalety	15	
– grzejnika wody	15	
– dostaw prądu	10–20	
– dostaw wody	10	
– klimatyzacji	10–20	W zależności od pory roku
– windy	5–10	W zależności od piętra
7. Serwis / obsługa:		
– całkowity jej brak	25	
– brud, brak regularnego sprzątania	10–20	
– rzadko zmieniana bielizna pościelowa i ręczniki	5–10	
8. Inne:		
– hałas w dzień	5–25	
– hałas w nocy	10–20	
– przykre zapachy w hotelu	15	
9. Brak zapewnionych kuracji sanatoryjnych	20–40	W zależności od kwalifikacji podróży

Tabela 2. Odszkodowanie za nienależyte wykonanie usługi turystycznej w zakresie wyżywienia według Tabeli Frankfurckiej.

Rodzaj wady	Obniżka w %	Uwagi
1. Całkowity brak wyżywienia mimo rezerwacji	50	
2. Wątpliwa jakość wyżywienia:		
– monotonny jadłospis	5	
– niewystarczająca liczba gorących potraw	10	
– zepsute jedzenie	20–30	

Rodzaj wady	Obniżka w %	Uwagi
3. Serwis:		
– samoobsługa zamiast kelnerów	10–15	
– długi czas oczekiwania	5–15	
– posiłki na zmiany	10	
– brudne stoły	5–10	
– brudne talerze i sztućce	10–15	
4. Brak klimatyzacji w restauracji	5–10	Gdy przewiduje to katalog

Tabela 3. Odszkodowanie za nienależyte wykonanie usługi turystycznej w zakresie transportu według Tabeli Frankfurckiej.

Rodzaj wady	Obniżka w %	Uwagi
1. Odlot opóźniony o więcej niż 4 godziny	5	Liczy się od ceny jednego dnia wycieczki za każdą następną godzinę opóźnienia
2. Braki w wyposażeniu środka transportu:		
– rażące braki, niższa klasa	10–15	
– odstępstwa od standardu	5–10	
3. Serwis:		
– wyżywienie	5	
– brak rozrywek standardowych w konkretnej klasie	5	
4. Zmiana środka transportu		W zależności od opóźnienia przez to spowodowanego i jeśli nie przewidywał tego plan podróży
5. Brak transferu lotnisko – hotel – lotnisko		Koszty zastępczego środka transportu

Tabela 4. Odszkodowanie za nienależyte wykonanie usługi turystycznej w zakresie pozostałych świadczeń według Tabeli Frankfurckiej.

Rodzaj wady	Obniżka w %	Uwagi
1. Brak basenu krytego, gdy:		
– jest basen otwarty	10	W zależności od rezerwacji
– nie ma basenu otwartego	20	Gdy przewiduje to katalog
2. Brak sauny	5	Gdy przewiduje to katalog
3. Brak kortu tenisowego	5–10	Gdy przewiduje to katalog
4. Brak pola do gry w minigolfa	3–5	Gdy przewiduje to katalog
5. Brak szkoły żeglowania, nurkowania, surfowania	5–10	Gdy przewiduje to katalog
6. Brak możliwości jazdy konnej	5–10	Gdy przewiduje to katalog
7. Brak opieki nad dziećmi	5–10	Gdy przewiduje to katalog
8. Brak możliwości kąpieli w morzu	10–20	Gdy przewiduje to katalog
9. Brudna plaża	10–20	
10. Brak leżanek i parasoli na plaży	5–10	Gdy przewiduje to katalog
11. Brak snackbaru, baru na plaży	0–5	W zależności od oferty
12. Brak plaży dla naturystów	10–20	Gdy przewiduje to katalog
13. Brak restauracji lub sklepu:		
– przy wyżywieniu w hotelu	0–5	Gdy przewiduje to katalog
– przy braku wyżywienia w hotelu	10–20	Gdy przewiduje to katalog
14. Brak rozrywek	5–15	Gdy przewiduje to katalog
15. Brak butików, sklepów	0–15	W zależności od położenia innych sklepów w okolicy
16. Brak wycieczek na łód przy rejsie statkiem	20–30	
17. Brak pilotażu i opieki:		
– brak organizacji pobytu	0–5	Gdy przewiduje to katalog
– brak pilotażu i opieki w czasie zwiedzania	10–20	Gdy przewiduje to katalog
– brak pilotażu i opieki przy wycieczkach specjalistycznych	20–30	Gdy przewiduje to katalog

Rodzaj wady	Obniżka w %	Uwagi
18. Strata czasu spowodowana przymusową przeprowadzką:		Równowartość ceny wycieczki za:
– w tym samym hotelu		½ dnia
– do innego hotelu		1 dzień

Podsumowanie

W obecnej chwili konsument korzystający z usług turystycznych i niezadowolony z odbytej podróży lub nierzetelnego zrealizowania umowy o podróż, ma coraz większe szanse na dochodzenie swoich racji przed sądem i to z pozytywnym rezultatem. Szkoda niemajątkowa w postaci zmarnowanego urlopu winna być rozpatrywana tak, jak to się czyni w stosunku do szkód majątkowych. Pozbawienie konsumenta możliwości walki o odszkodowanie z powodu luk prawnych w ustawodawstwie polskim jest sprzeczne nie tylko z celem samego świadczenia, jakim jest podróż (celem jest udany wypoczynek), lecz także z ideą i duchem prawa unijnego, co więcej, zasługuje na krytykę.

